



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAELLA BAHIA SPACH

TUTELA PROVISÓRIA
UMA ANÁLISE QUANTO À SISTEMATIZAÇÃO DA ATUAÇÃO LEGISLATIVA
NA CRIAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

BRASÍLIA
2015

RAFAELLA BAHIA SPACH

TUTELA PROVISÓRIA
UMA ANÁLISE QUANTO À SISTEMATIZAÇÃO DA ATUAÇÃO LEGISLATIVA NA
CRIAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB

Orientador: Professor Doutor Guilherme Fernandes Neto

Brasília
2015

RAFAELLA BAHIA SPACH

TUTELA PROVISÓRIA
UMA ANÁLISE QUANTO A SISTEMATIZAÇÃO DA ATUAÇÃO LEGISLATIVA NA
CRIAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:

Professor Doutor Guilherme Fernandes Neto
Orientador

Professor Doutor Vallisney de Souza Oliveira
Membro da banca

Professor Doutor I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Membro da banca

Doutora Maricí Giannico
Membro suplente da banca

Brasília, 23 de novembro de 2015

A D'us, força sempre constante em minha vida,
À minha família, base de toda minha determinação,
Ao meu povo, fonte da minha confiança e
Ao meu avô, que de onde está torce por mim.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a D'us por ter permitido que mais essa etapa da minha vida se concretizasse e por estar presente em cada momento.

À minha mãe pelo apoio e por tudo que fez e lutou para que eu tivesse as melhores chances de chegar até aqui. Ao meu irmão Victor, pelo companheirismo e pela paciência que teve nos momentos em que o nervosismo tomava conta de mim.

A finalização desse trabalho dependeu muito de vocês e sou muito grata pela compreensão nos momentos em que a casa inteira se tornou a estante dos meus livros e papéis.

Ao meu tio Heron, pela contribuição valiosa ao longo do meu crescimento dentro do universo do Direito. E aos meus avós, Norma e João Getúlio, que acreditaram no meu sonho desde antes de eu saber exatamente o que ele significava.

Ao meu orientador, Guilherme Fernandes Neto, pelo suporte e incentivo, não só na elaboração do presente trabalho, mas também na evolução da minha passagem pela graduação.

Aos professores I'talo Fioravanti Sabo Mendes e Vallisney de Souza Oliveira, que estavam presentes nos meus primeiros contatos com processo civil, pela disponibilidade e pela honra em tê-los nesta banca.

À Marici Giannico, responsável por me apresentar a realidade do mundo jurídico. Obrigada por todos os ensinamentos e pelo exemplo de profissional dedicada que me deu. Agradeço pela inspiração e por ser fonte fundamental da paixão que hoje tenho por processo civil.

Ao irmão que encontrei na UnB: Rhael, pelo companheirismo, apoio e não posso me esquecer das caronas tarde da noite quando saíamos da Unb. Obrigada por ser a prova de que amizade verdadeira não exige que pensem da mesma maneira.

A todos os amigos que fiz na UnB, principalmente à Jersyca, ao Pedro Henrique e ao Igor, foram muitos os momentos de alegria e estudo e os levarei para sempre comigo.

“Não corrigir nossas falhas é o mesmo que cometer novos erros.”

Confúcio

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a postura e a atuação do legislador na criação do instituto da tutela provisória previsto no Código de Processo Civil de 2015 e identificar se essa atuação aconteceu de forma sistemática ou não. Para tanto, em um primeiro momento, será necessário demonstrar as disposições positivadas pelo legislador referentes ao trâmite, requisitos, pressupostos e modalidades da tutela provisória. Ademais, de forma a permitir a análise da condição sistemática, será apresentada a visão de renomados doutrinadores quanto à ideia de lógica sistemática para a obtenção do Direito, principalmente o positivado. Posteriormente, serão expostas algumas das incorreções inerentes à tutela provisória no CPC/2015, identificadas por processualistas como: Luiz Guilherme Marinoni, Cássio Scarpinella Bueno, Freddie Didier Jr. e outros. Por fim, será analisada a relação entre os problemas identificados e a atuação do legislador de forma a permitir que sejam obtidas conclusões quanto à sistematicidade da atuação legislativa na previsão da tutela provisória no Novo CPC.

Palavras-chave: tutela provisória, Código de Processo Civil de 2015, sistemas, lacunas, incorreções, Lei nº 13.105/2015, atuação legislativa.

ABSTRACT

This work aims to analyze the position and the role of the legislator in the creation of the interim protection institute, foreseen in the Civil Procedure Code Bill of 2015, and identify whether this procedure happened in a systematic way or not. For this, at first, it will be necessary to demonstrate the provisions done by the legislator concerning the proceeding, the requirements (needs/demands), the assumptions and the modalities of the interim protection. Furthermore, in order to allow an analysis of the systematic condition, the perspective of some renowned scholars in respect of the idea of obtaining a systematic logic in the Law study will be presented. Later, some of the inaccuracies inherent to interim protection, identified by procedural experts such as Luiz Guilherme Marinoni, Cassio Scarpinella Bueno, Freddie Didier Jr, and others, will be exposed. Finally, the relation between the identified issues and the legislator's role will be analyzed in order to obtain conclusions regarding the systematic action of the legislator in the legal provision of the interim protection in the New CPC.

Keywords: interim protection, Civil Procedure Code Bill of 2015, systems, omissions, inaccuracies, Law No. 13,105 / 2015, legislative action.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	11
I- Tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015.....	13
1.1 Tutela provisória de evidência	18
1.2 Tutela provisória de urgência	19
1.2.1 Tutela provisória de urgência antecipada	20
1.2.1.1 Tutela de urgência antecipada em caráter antecedente.....	22
1.2.2 Tutela de urgência cautelar	24
1.2.2.1 Tutela de urgência cautelar em caráter antecedente.....	25
1.2.3 Forma de requerimento incidental	27
1.3 Momento da concessão.....	28
1.4 Competência para julgamento do pleito provisório	30
1.5 Eficácia e efetivação da tutela provisória.....	32
1.6 Fungibilidade	36
II- Considerações iniciais quanto ao pensamento sistemático e a tutela provisória no Novo Código de Processo Civil.....	39
2.1 Sistemas e a ideia de pensamento sistemático para a obtenção do direito	40
III- Lacunas e incorreções no âmbito do Novo Código de Processo Civil	49
3.1 Tentativa de unificação da tutela cautelar e tutela antecipada.....	49
3.2 Cautelares específicas.....	51
3.3 Estabilização da tutela provisória.....	53
3.4 Requerimento antecedente da tutela antecipada.....	56
3.5 Eficácia imediata das decisões referentes à tutela provisória.....	57

3.6	Aparente taxatividade dos requisitos para concessão da tutela provisória de urgência	58
3.7	Perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão	59
3.8	Precedentes quanto à tutela de evidência	61
3.9	Tutela provisória recursal no Supremo Tribunal Federal	62
CONCLUSÃO.....		64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		68

INTRODUÇÃO

Há muito vem sendo debatido acerca da morosidade do sistema judiciário brasileiro e dos óbices colocados diante de sua eficácia em virtude da lentidão do trâmite processual.

Com o intuito de promover uma maior agilidade ao andamento dos processos judiciais, o Poder Legislativo empenhou-se para modernizar o Código de Processo Civil, fazendo com que o novo, Lei nº 13.105/2015, fosse sancionado pelo chefe do Poder Executivo no dia 16 de março de 2015.

Assim, nasceu um código voltado para a diminuição do formalismo jurídico, promoção de maior agilidade ao trâmite processual, democratização do acesso à justiça e destravamento do aparato judicial brasileiro.

No que tange à morosidade do sistema judiciário, têm-se no Código de Processo Civil de 1973 as figuras da antecipação de tutela e da tutela cautelar como suas principais combatentes. O Novo Código de Processo Civil buscou simplificar tais institutos por meio da previsão da tutela provisória.

O presente trabalho, então, buscará analisar o nascimento e o firmamento do instituto da tutela provisória no Novo Código de Processo Civil, apresentando a lógica trazida pelo legislador por meio do direito positivado e o entendimento e projeção de aplicação aos olhos dos grandes processualistas do país.

Diante do fato de ser impossível analisar um instituto jurídico sem apresentar como sua aplicação foi proposta e positivada pelo legislador, inicialmente, ocorrerá uma breve apresentação das características, pressupostos, modalidades e trâmite da tutela provisória.

Buscar-se-á assim, com a análise pormenorizada do instituto, possibilidades de se entender a atuação legislativa geradora do Novo Código de Processo Civil no que tange ao desempenho do legislador a partir de uma ótica sistemática.

A importância do pensamento sistemático na atuação legislativa, para criar um ordenamento jurídico, é evidente no que diz respeito à tentativa de se evitar que haja falhas no resultado final.

Quando se trata de um código que buscará organizar o trâmite de um processo, a ideia de sistema ganha ainda mais importância, pois falhas podem levar ao colapso das previsões jurídicas e a necessidade de uma atuação inovadora em

matéria legislativa dos operadores do direito, para tentarem possibilitar a aplicação da lei.

A análise quanto à sistematicidade da atuação legislativa será feita de acordo com o estudo de eventuais incorreções e problemas percebidos para a aplicação da tutela provisória.

Para isso, é necessário entender como funciona a obtenção do direito de forma sistemática e a relação entre a atuação criadora e o surgimento de lacunas e incorreções em um sistema.

Dessa forma, será realizada uma explanação quanto ao entendimento basilar de sistema que permite observar a relação entre sistemas e obtenção do direito, bem como o que a doutrina costuma entender como lacunas, incorreções e contradições.

Logo, procurar-se-á analisar a sistematicidade da atuação legislativa fundamentada no resultado final da tutela provisória no Novo Código de Processo Civil.

I- Tutela Provisória no Código de Processo Civil de 2015

Inicialmente, para cumprir com o propósito do presente trabalho, faz-se necessário conceituar alguns institutos importantes previstos no âmbito do processo civil.

Portanto, para que se possa compreender a tutela provisória da forma como é proposta pelo Código de Processo Civil de 2015, há a necessidade de apresentar, sinteticamente, o que se entende por processo, ação e tutela jurisdicional.

Tem-se que a forma primitiva de solução de conflitos é a luta material. No entanto, o Estado Moderno concentrou em suas mãos o exercício da função jurisdicional diante da proibição da autotutela.

Dessa maneira, o Estado tornou-se titular do dever de assegurar a pretensão à tutela jurídica, dever esse que tem seu cumprimento escorado na criação do Poder Legislativo e da ideia de processo. Afinal, o intuito principal de processo pode ser entendido como a realização do direito objetivo e subjetivo¹.

Inicialmente, o conceito de processo era entendido de maneira a se confundir com o que a doutrina chama hoje de procedimento. Ou seja, era compreendido como o encadeamento de atos processuais cronologicamente organizados.

No entanto, o que se vê na atualidade é a separação dos conceitos de processo e procedimento, para que cada um seja compreendido de maneira única e específica.

O primeiro assumiu a natureza de relação jurídica, a ideia de relação entre os atos que o compõe e entre os sujeitos do processo: juiz, partes, *Parquet*, advogados e terceiros. Enquanto o segundo limitou-se à definição de meio pelo qual o processo se instaura e se exterioriza².

Tal entendimento também é demonstrado por Galeno Lacerda ao defender que o processo não se esgota na simples relação triangular entre as partes e o juiz³

¹ Pontes de Miranda, Tratado das Ações. Tomo I. Ação, classificação e eficácia. vol. I. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 1970, p. 233.

² Antônio Carlos de Araújo Contra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, São Paulo-SP, 2012, p. 309.

³ Galeno Lacerda, O novo direito processual civil e os feitos pendentes. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1974, p. 13

e por Carnellutti, citado por Galeno Lacerda, ao considerar o processo como um *“feixe de relações jurídicas onde se vinculam não só esses sujeitos principais [...]”*⁴.

No que toca a definição de ação, apesar de constituir uma função atribuída ao Estado, a atividade jurisdicional é inerte no que tange ao início das controvérsias que lhe são submetidas, ou seja, o Estado não age sem provocação da parte. Em verdade, o que ocorre para a movimentação do aparato estatal, na esfera do judiciário, é a atuação do titular de um direito resistido, é o exercício do que chamam direito de ação.

Ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo.⁵

Conforme restou demonstrado, processo e ação estão intrinsecamente relacionados à busca de solução de conflitos legitimamente pela atuação estatal.

Já o bem pleiteado mediante o direito de ação, que constitui objeto das relações jurídicas substanciais, é o que se conhece por “bem da vida”, de maneira adjacente, tem-se o serviço jurisdicional, prestado pelo Estado, como o objeto da relação jurídica processual⁶.

A união dos dois institutos corrobora o que conhecemos por tutela jurisdicional, o ato do Estado que, na prestação do serviço jurisdicional, concede ou não o bem da vida pleiteado processualmente.

Como bem ensina Pontes de Miranda:

Jurisdição é a atividade do Estado para aplicar as leis, como função específica. O Poder Legislativo, o Poder Executivo e os próprios particulares aplicam a lei, porém falta a todos a especificidade da função.

[...]

A especificidade da função de julgar, atribuída ao Estado, teve por fito impedir a desordem, os excessos (e, pois, injustiças) da justiça de mão própria e, assegurar a realização menos imperfeita possível (em cada momento) das regras jurídicas⁷.

Por fim, a tutela jurisdicional pode ser definitiva ou provisória e para entender esta, precisa-se compreender a outra, assim definida: “Tutela definitiva é aquela obtida

⁴ Lacerda, *ibidem*.

⁵ Cintra; Grinover; Dinamarco, *op. cit.* p. 279

⁶ Cintra; Grinover; Dinamarco, *op. cit.* p. 320

⁷ Pontes de Miranda, Tratado das Ações. Tomo I. Ação, classificação e eficácia. vol. I. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 1970, p. 237.

com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.”⁸

Logo, tem-se a tutela jurisdicional definitiva quando o julgador faz seu pronunciamento após valorar e considerar todas as alegações e provas das partes, esgotando por completo a cognição do caso. Enquanto a tutela jurisdicional provisória é determinada antes do exaurimento da cognição, não tendo tanta força quanto à definitiva.

Ao assumir a responsabilidade de resolver as questões discutidas no âmbito dos processos judiciais, o Estado passa a se submeter ao princípio da razoável duração do processo, pois, *“Quando o juiz não concede a tutela almejada prontamente, ou pelo menos em prazo razoável, a frustração e a violação ao devido processo legal são drasticamente inarredáveis”*⁹.

O Livro V do Novo Código de Processo Civil trata exclusivamente das tutelas provisórias e já de início apresenta o instituto em seu artigo 294, como: “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.

Apesar de não ser totalmente definida pelo artigo que a apresenta, a tutela provisória é minudenciada pelos outros artigos seguintes, de forma a demonstrar procedimentos específicos inerentes às possibilidades de pleito.

Ela pode ser requerida tanto nos procedimentos comuns do Código de Processo Civil, quanto nos procedimentos especiais e de juizados especiais, exigindo apenas o preenchimento dos pressupostos genéricos que serão indicados a seguir.

As principais características da tutela provisória correspondem às três definições a seguir¹⁰.

São elas:

- Sumariedade da cognição, que permite que a decisão seja tomada por meio de um juízo apenas de probabilidade do direito, ou seja, fundamenta-se em uma convicção do magistrado criada a partir de uma cognição sumária dos argumentos trazidos pela parte;

⁸ Fredie Didier Jr.; Paula Sarno Braga; Rafael Alexandria de Oliveira. Curso de Direito Processual Civil. vol. 2. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015, p. 561

⁹ Vallisney de Souza Oliveira (COORD.), *et al.* Constituição e Processo Civil. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 16.

¹⁰ Didier Jr.; Braga, Oliveira, *op. cit.*, p. 568

- Precariedade, que permite que a tutela provisória seja revogada ou modificada a qualquer tempo dependendo da ocorrência de alterações fáticas ou de direito, conforme previsto no artigo 296 do CPC/2015; e
- Inapetência para ser atingida pelos efeitos da coisa julgada.

No Código de Processo Civil de 1973, as tutelas de caráter provisório apareceram fundamentadas pelo poder geral de cautela¹¹, até que a antecipação de tutela surgiu em 1994 para propiciar tutelas de caráter satisfativo¹², apresentando como requisitos essenciais (i) a prova inequívoca; e (ii) a verossimilhança das alegações; como bem preceitua seu artigo 273.

A prova inequívoca consiste em provas robustas e substanciais o suficiente para convencer o juiz sobre a plausibilidade das alegações de imediato, convencendo-o sobre a titularidade do direito; enquanto a verossimilhança indicava a aparência de realidade corroborada pela prova inequívoca.

Com o surgimento de tais expressões muitos debates ocorreram, uma vez que o poder geral de cautela perderia espaço no cenário da antecipação de tutela.

No entanto, apesar de tudo que a doutrina analisou e se viu refletido até na jurisprudência das cortes do país, tais conceitos não foram devidamente considerados pelo legislador na criação da tutela provisória, que optou pela limitação ao pressuposto da probabilidade do direito.

A ideia de probabilidade do direito ramifica-se para originar as três características da tutela provisória supramencionadas, que são interdependentes entre si.

¹¹ Como salienta Willard de Castro Vilar: Para conceder a medida liminar, o juiz é dotado de imenso poder discricionário, que ele usa, entretanto, dentro da lei, para evitar o arbítrio. O juiz tem sua função sempre marcada pelos contornos da lei. Quando a lei lhe faculta agir com descrição, não o coloca acima e fora da lei, apenas deixa margem para que ele, dentro da situação de fato, possa “construir” a medida cautelar que melhor se adapte ao caso concreto; a que melhor possa, num dado momento, ficar aderente à realidade da vida do direito. (Willard de Castro Vilar, Ação Cautelar Inominada. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 151).

¹² Como define Nelson Nery Jr.: Há hipótese em que se ajuíza ação, pelo procedimento cautelar, com o objetivo de obtenção de medida de cunho satisfativo. Neste caso é desnecessária a propositura posterior de ação principal, porque a medida se exaure em si mesma. São denominadas impropriamente pela doutrina e jurisprudência como cautelares satisfativas. Impropriamente porque não são cautelares, na verdade, já que satisfatividade é incompatível com cautelaridade. [...] Com a introdução da tutela antecipatória em nosso sistema (CPC 273), o problema restou melhor resolvido. (Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1156).

Basicamente, o que se vê é que a sumariedade da cognição faz com que o magistrado decida com base na probabilidade e, como bem se entende, probabilidade não é certeza.

A probabilidade não constitui base forte o suficiente para a tutela, o que dá margem para a precariedade que, por sua vez, é formada pela sumariedade da cognição, permitindo a alteração e revogação da tutela de maneira mais simples, fazendo com que ela não comporte os efeitos da coisa julgada.

Quanto à coisa julgada, importante destacar que a decisão que defere ou nega a tutela provisória analisa, basicamente, apenas o preenchimento dos pressupostos previstos. Ou seja, se houver o preenchimento, ela deverá ser deferida; se não houver, ela deverá ser negada.

Vê-se que o magistrado é totalmente vinculado às disposições do ordenamento jurídico, não havendo margem para discricionariedade no que tange à presença ou não dos pressupostos¹³, mesmo havendo a possibilidade de valoração de cada um deles.

Assim, o entendimento quanto à tutela provisória pode ser prolatado em sede de decisão interlocutória ou terminativa, podendo ser desafiado por recurso legalmente previsto. Sendo o agravo de instrumento quando for decisão interlocutória em primeira instância; a apelação para o caso de manifestação em sentença; o agravo interno, a ser tratado em turma, para o caso de tratamento direto pelo relator em segunda instância; ou recurso especial para o caso de análise em acórdão também em segunda instância.

Por fim, é importante destacar que a tutela provisória é devida, basicamente, pela necessidade de fazer com que a demora na conclusão de um processo seja suportada e mitigada por todos os polos da relação processual.

Dessa forma, resta claro que o princípio da razoável duração do processo serve como base para o desenvolvimento das tutelas provisórias, antes antecipadas e cautelares, uma vez que a morosidade do judiciário pode gerar consequências graves às partes, tornando necessária a possibilidade de concessão de tutelas antes

¹³ Fredie Didier Jr.; Paula Sarno Braga; Rafael Alexandria de Oliveira. Curso de Direito Processual Civil. vol. 2. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015, p. 584

do final do processo, para garantir a eficiência da prestação jurisdicional e até resguardar a dignidade da pessoa humana¹⁴.

Deste modo, a tutela provisória visa repartir o ônus gerado pela ação do tempo, de maneira a garantir a efetividade e a segurança da jurisdição. E, para atingir tal objetivo, a tutela provisória é constituída por tutelas satisfativas ou cautelares, baseadas em evidência ou urgência.

1.1 Tutela provisória de evidência

A tutela de evidência é sempre satisfativa e diz respeito às hipóteses em que haverá a concessão de antecipações mesmo que não esteja presente o requisito da urgência. Para que haja a dispensa do elemento “urgência”, é necessária a comprovação das alegações do demandante.

Quatro são as “evidências” capazes de justificar a concessão da tutela provisória de evidência e elas estão elencadas nos incisos do artigo 311 do Novo Código de Processo Civil. São elas:

- I- ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
 - II- as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
 - III- se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
 - IV- a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável
- Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Os pontos expostos acima ensejam a interpretação no sentido de que é permitida a concessão da tutela provisória de evidência nos casos de defesa inconsistente do réu. Esse tipo de defesa é vista como extremamente frágil frente à força das alegações e provas do demandante.

Fato interessante é revelado a partir da leitura do parágrafo único, no que se refere à concessão da tutela de evidência liminarmente. Ora, parece bem clara a

¹⁴ Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, O Duplo Grau de Jurisdição no Processo Civil: Um exame à Luz d Constituição e da Instrumentalidade do Processo. 2008.482 f. Tese (Doutorado em Direito)- Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2001, p. 316

ideia de que essa modalidade de tutela, por se referir à defesa do réu, exija que ela ocorra. No entanto, o legislador abriu brecha para a suposição de que a defesa do réu será inconsistente mesmo antes de sua apresentação, permitindo a concessão da tutela de maneira liminar nos casos específicos dos incisos II e III do art. 311¹⁵.

Vê-se então que o cabimento da tutela de evidência é bem delimitado pelo legislador.

1.2 Tutela provisória de urgência

Como restou demonstrado, a tutela provisória pode ter fundamento na urgência ou na evidência, originando então os institutos que levam esses nomes. Ambas mereceram, aos olhos do legislador, títulos específicos dentro do livro que retrata a tutela provisória.

Dessa forma, nada mais justo do que começar pela previsão legal.

A tutela de urgência é prevista no artigo 300 do Novo Código de Processo Civil da seguinte maneira:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Sinteticamente, percebe-se que a tutela de urgência foi tratada pelo legislador como gênero do qual a tutela antecipada e a cautelar são espécies.

O legislador traz dois requisitos para justificar a tutela de urgência que são: (i) o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e (ii) a probabilidade do direito. O pressuposto da probabilidade do direito já foi demonstrado em linhas pretéritas, o que gera a necessidade de tratamento apenas dos outros requisitos no momento.

O “perigo de dano” precisa ser (i) concreto e fundamentado, ou seja, não basta a simples preocupação da parte; (ii) iminente ou atual, quanto sua ocorrência;

¹⁵ Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2015, p. 323.

e (iii) grande ou médio, quanto a intensidade do prejuízo que pode vir a ocorrer; bem como deve corresponder à ideia de irreparável ou de difícil reparação.

O “risco ao resultado útil do processo” diz respeito à necessidade de se assegurar as chances do processo resolver o que é discutido, mantendo sua utilidade quanto ao objeto litigado.

Característica essencial da tutela de urgência é sua atipicidade, uma vez que “Toda e qualquer providência capaz de alcançar um resultado prático à parte pode ser antecipada”¹⁶. Assim, evidencia-se que a tutela de urgência não possui previsão taxativa, possuindo amplitude mais completa das tutelas jurisdicionais, já que todas devem apresentar a possibilidade de ser antecipada.

Como já demonstrado, a tutela de urgência é dividida em tutela antecipada e cautelar. E essas se ramificam, de acordo com o modo de requerimento, em antecedentes ou incidentais e cada uma das hipóteses supramencionadas será tratada a seguir.

Como a tutela de evidência não permite o modo antecedente, a tutela provisória de urgência incidental e a tutela provisória de evidência incidental serão tratadas conjuntamente quando forem apresentadas as características comuns, entre elas a forma de requerimento incidental.

1.2.1 Tutela provisória de urgência antecipada

A tutela de urgência antecipada é também tratada pela nomenclatura de tutela de urgência satisfativa, em contraposição à tutela de urgência cautelar que será tratada em momento oportuno.

Esse modo de tratamento é interessante, principalmente quando é preciso trabalhar a ideia de tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente, pois tal nomenclatura é passível de confusão.

¹⁶ Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2015, p. 312.

Vê-se o instituto como tutela de urgência satisfativa nos ensinamentos de renomados doutrinadores. Entre eles, Luiz Guilherme Marinoni¹⁷ e Freddie Didier Jr.¹⁸.

O instituto em epígrafe aparece com o intuito de prevenir a ocorrência ou manutenção de um ilícito, bem como de promover a cessação de seus efeitos, além de buscar mitigar os perigos de dano oriundos da demora processual. Ou seja, a tutela provisória antecipada consiste na antecipação dos efeitos pretendidos com a tutela definitiva.

O §3º, do art. 300, do Novo Código de Processo Civil, prevê um pressuposto obrigatório apenas à tutela de urgência antecipada, que é a necessidade de ela ser negada no momento em que houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Isto é, exige-se a possibilidade de retorno ao *status quo ante* para que haja a concessão da tutela, assim como a sumariiedade e a precariedade também dão base à necessidade de reversibilidade.

Apesar de parecer lógica a ideia de que a decisão que concede a tutela de urgência antecipada não pode ter efeitos irreversíveis, há um problema que permanece no instituto desde o Código de Processo Civil de 1973.

Tal problema condiz com possibilidade de irreversibilidade tanto para demandantes quanto para demandados. Quer dizer que uma decisão pode gerar efeitos irreversíveis para o demandante, caso não conceda a antecipação da tutela; bem como para o demandado, caso a conceda.

Exemplos são vistos em casos de cirurgia em pacientes terminais, despoluição de águas fluviais, demolição de edifícios etc., haja vista que todos contam com o deferimento para impedir um mal maior, mas que produz efeitos irreversíveis.

Assim, a irreversibilidade é analisada faticamente e não juridicamente, pois não importa se o pleito poderá ser reformado, mas se os efeitos são passíveis de restauração.

¹⁷ Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2015, p. 312.

¹⁸ Freddie Didier Jr.; Paula Sarno Braga; Rafael Alexandria de Oliveira. Curso de Direito Processual Civil. vol. 2. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015, p. 302

Destaca-se o fato de que nenhum direito é absoluto, dando margem à casuística, no que tange ao deferimento ou não do pleito antecipatório, e à utilização do princípio da proporcionalidade para se determinar qual parte deverá arcar com as consequências da irreversibilidade.

Tal entendimento é bem aplicado pelas cortes do país¹⁹ - cumpre destacar que mesmo com a base no Código de Processo Civil de 1973, os julgados que tratam do tema da irreversibilidade são compatíveis com o problema, uma vez que consiste em herança do próprio Código de Processo Civil vigente.

1.2.1.1 Tutela de urgência antecipada em caráter antecedente

A tutela de urgência antecipada em caráter antecedente condiz com a contemporaneidade da urgência e da propositura da ação, e é prevista nos artigos 303 e 304 do Novo Código de Processo Civil.

Ao positivar que “a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final”²⁰, o legislador permite que a concessão da tutela antecipada possa advir de um procedimento autônomo limitado ao requisito da urgência.

No que tange ao procedimento autônomo em questão, os incisos e parágrafos do artigo 303 dão o passo a passo para o desenrolar do trâmite após a efetuação do requerimento antecedente da seguinte forma:

O autor terá o ônus de aditar a petição inicial, nos mesmos autos e sem pagamento de custas adicionais, completando sua argumentação e confirmando o pedido de tutela final após a concessão da tutela antecipada, e esse aditamento deve ocorrer em até 15 dias, tendo margem para modificação do prazo pelo juiz.

¹⁹ AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, CAPUT DO CPC. PENSÃO POR MORTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS. [...]. 2. A eventual irreversibilidade dos efeitos da tutela antecipada não impede a sua concessão. Ainda que tal fato possa ocorrer, verifica-se que em se tratando de benefício de natureza alimentar, a solução na hipótese é irreversível tanto para a parte autora quanto para o INSS, cabendo ao magistrado, dentro dos limites da razoabilidade e proporcionalidade, reconhecer qual direito se reveste de maior importância.”

(AC 00281237120144039999, JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/04/2015 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) Disponível em <http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve> Acesso em: 14/10/2015

²⁰ Artigo 303, Código de Processo Civil de 2015.

Caso contrário, o processo será extinto sem resolução do mérito e, caso a tutela antecipada não seja concedida, o prazo para o aditamento será de cinco dias.

O réu será citado para audiência de conciliação ou mediação somente após o aditamento e não havendo autocomposição começará a fluir o prazo para que ele conteste as alegações.

Ponto que também exige destaque se refere à possibilidade de estabilização da tutela de urgência antecipada em caráter antecedente prevista no artigo 304²¹ do Novo Código de Processo Civil.

Essa estabilização é fundada na premissa de que o juiz concede tutela antecipada e a outra parte não impugna. Ou seja, o processo é extinto e a decisão estabilizada continua produzindo efeitos até que seja atacada por ação própria. É a forma de se atingir efeitos diante da inércia do réu.

Insta registrar que mesmo sem a manifestação do réu, as partes ainda terão o prazo de dois anos para propor ação na intenção de exaurir a cognição e se atingir a tutela definitiva²².

Há, então, forte relação com a última característica das tutelas provisórias apresentada no primeiro tópico, a inapetência para os efeitos da coisa julgada.

Ora, a tutela provisória não é apta para tais efeitos, mas, com a previsão do artigo 304, tem-se que os efeitos da tutela concedida não poderão ser afastados se se passarem dois anos sem a proposta de fatigar a cognição.

Restaram demonstrados a possibilidade de estabilização da tutela e os quesitos temporais que lhe dizem respeito. Agora, é necessário demonstrar os objetivos e pressupostos para que ocorra a estabilização.

Para tanto, há que se falar que a estabilização busca o afastamento dos perigos da demora e a conquista de resultados diante da inércia do réu exigindo a presença de alguns requisitos.

São eles:

Requerimento específico e expresso da tutela de urgência antecipada de caráter antecedente, uma vez que é a única modalidade compatível com a ideia de

²¹ Artigo 304, CPC/2015. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

²² Artigo 304, §5º, CPC/2015. O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

estabilização, mesmo que parcialmente. Ou seja, a decisão que concede parcialmente a tutela, atingirá, na inércia do réu, a estabilidade quanto aos efeitos concedidos; menção específica na inicial de que não há interesse em dar continuidade à cognição, ou seja, indicação de que apenas os efeitos da tutela antecipada já são suficientes²³; e a inércia do réu, não só quanto a não interposição de agravo de instrumento em face da decisão, mas também quanto à manifestação no próprio grau de jurisdição da decisão concessiva. Aqui também cabe a ideia de parcialidade, uma vez que o réu pode se manifestar acerca de apenas uma parte, permitindo que o restante da decisão se estabilize.

1.2.2 Tutela de urgência cautelar

O novo CPC eliminou o livro do processo cautelar, unificando o instituto a fim de evitar a duplicação de atos processuais (referência verbal)²⁴. Eliminar um livro não significa que o conteúdo desse livro tenha sido totalmente descartado. O novo CPC não elimina todos os institutos, restando o poder geral de cautela, bem como algumas cautelares específicas.

A tutela provisória de urgência cautelar tem previsão direta no art. 301 do Novo Código de Processo Civil que prevê taxativamente as cautelares específicas de arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bens, que passaram de processos para procedimentos cautelares, bem como mantém outras medidas idôneas para assecuração do direito baseadas no poder geral de cautela do magistrado, mesmo que não apareça com essa nomenclatura.

A tutela de urgência cautelar pode ser definida como: “[...] meio de preservação de outro direito, o direito acautelado, objeto da tutela satisfativa. A tutela cautelar é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, distinto do direito à própria cautela.”²⁵

Tal referência ao outro direito correspondente à tutela definitiva é conceituada como referibilidade²⁶.

²³ Interpretação dada por Fredie Didier Jr. ao artigo 303, §5º, CPC/2015 (Fredie Didier Jr.; Paula Sarno Braga; Rafael Alexandria de Oliveira. Curso de Direito Processual Civil. vol. 2. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015, p. 606).

²⁴ Fabiano Carvalho. AASP-Curso: Liminares no novo Código de Processo Civil. Dr. Rogério Licastro Torres de Melo (Coo.), 2015.

²⁵ Fredie Didier Jr.; Paula Sarno Braga; Rafael Alexandria de Oliveira. Curso de Direito Processual Civil. vol. 2. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015, p. 562.

Outra característica é a temporariedade²⁷, ou seja, a eficácia da tutela cautelar é limitada pelo tempo, restringindo-se ao tempo necessário para a preservação do que propõe ou ao tempo necessário para concessão da tutela definitiva satisfativa.

Vê-se ainda, no Novo CPC, a submissão da tutela cautelar ao tradicional princípio da tutela preventiva que condiz com o entendimento de que o direito deve ser protegido não apenas após sua violação, mas também antes de ser violado²⁸. Popularmente, pode-se dizer que é melhor prevenir do que remediar.

Cumprе destacar que os efeitos da tutela cautelar são temporários, mas a decisão é definitiva e apta a tornar-se imutável, pois uma vez proferida não poderá ser modificada a qualquer tempo, obedecendo apenas os intuitos recursais.

Diferente do que era visto no Código de Processo Civil de 1973, não são vistas no Novo Código de Processo Civil as explicações quanto às hipóteses de cabimento das cautelares específicas previstas, o que permite a conclusão de que elas são submetidas aos requisitos de qualquer outra medida cautelar, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Assim, são cabíveis as medidas cautelares no momento em que houver o perigo de não se chegar ao resultado útil do processo, ou seja, quando houver possibilidade de frustração da tutela do direito à reparação ou ressarcimento.

E além do mais, cada medida cautelar tem seus fundamentos próprios, o que impede a renovação do pleito cautelar sem a existência de substrato fático diferente.

1.2.2.1 Tutela de urgência cautelar em caráter antecedente

Trata-se de uma tutela provisória com o intuito de preparar a ação correspondente à prestação da tutela satisfativa, sem a qual haveria a extinção da tutela provisória²⁹.

²⁶ Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. Novo Curso de Processo Civil. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 218.

²⁷ Fredie Didier Jr.; Paula Sarno Braga; Rafael Alexandria de Oliveira. Curso de Direito Processual Civil. vol. 2. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015, p. 563.

²⁸ Pontes de Miranda, Tratado das Ações. Tomo VI. Ações Mandamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 339.

²⁹ Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2015, p. 318.

Apesar de o legislador não mais trazer a nomenclatura da cautelar preparatória, é bem essa a função da cautelar antecedente, que poderá ser concedida liminarmente ou não, ou seja, poderá ser concedida com ou sem a oitiva da parte contrária.

O momento de pleito da tutela cautelar antecedente foi positivado nos artigos 305 a 310 do Novo Código de Processo Civil.

Ela será postulada por ação autônoma, mas exige a propositura da ação que buscará a tutela definitiva sob pena de ineficácia da tutela cautelar. Ou seja, ela é iniciada como um procedimento autônomo, mas acaba por compor o procedimento de requerimento da tutela satisfativa.

Assim como a tutela de urgência antecipativa tem seu procedimento próprio previsto no Código, a cautelar também contou com procedimento específico positivado que se desenvolve da seguinte forma:

O primeiro passo é visto de imediato no artigo 305, CPC/2015, e trata dos termos obrigatórios da petição inicial, que são a indicação da “lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo”³⁰.

Dessa forma, o autor deverá demonstrar a probabilidade do direito que buscará acautelar e do dano que a cautelar busca impedir.

Em sequência, o segundo passo é previsto no artigo seguinte que trata da citação do réu. O réu, no procedimento cautelar, será também citado para apresentar contestação, mas aqui, diferente do rito normal da tutela definitiva, ele terá o prazo de cinco dias para apresentar contestação já com a especificação das provas que pretende produzir.

A tutela de urgência cautelar em caráter antecedente conta com a presunção de veracidade e revelia conforme as regras do artigo 344³¹ do CPC/2015, como bem prevê o artigo 307. Logo, a não apresentação de contestação pelo réu torna os fatos alegados pelo autor presumidamente verdadeiros, quanto à probabilidade do direito nos limites da cautelar, dando ao juiz o prazo de cinco dias para decidir.

³⁰ Artigo 305, *caput*, Código de Processo Civil de 2015.

³¹ Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

Seguindo, o artigo 308 carrega a ideia da já mencionada referibilidade à tutela definitiva. Prevê a necessidade de ajuizamento de ação objetivando a tutela definitiva no prazo de trinta dias, sob pena de ineficácia da medida cautelar e sem necessidade de adiantamento de novas custas processuais, procedimento muito semelhante à cautelar preparatória e ação principal prevista no Código de Processo Civil de 1973, não havendo qualquer prazo previsto para requerimento da tutela satisfativa no caso de indeferimento do pedido cautelar.

Sendo pleiteada a tutela definitiva, seja na ação posterior, seja conjuntamente com a tutela cautelar, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação prevista no artigo 334. Relevante perceber que não há mais necessidade de citação do réu e, não havendo autocomposição, o prazo para contestação será de 15 dias, conforme o artigo 335 do Novo CPC.

No que tange à eficácia da tutela cautelar obtida, tem-se que caso haja ausência de ação principal, sentença de improcedência da ação ou extinção do processo sem resolução do mérito, cessar-se-á a eficácia da medida cautelar, a menos que haja probabilidade de dano grave o suficiente para que o magistrado, diante da possibilidade de reforma da sentença, mantenha a eficácia da cautelar.

Mesmo havendo o fim da eficácia, é possível renovação do pedido cautelar, se ele estiver escorado em fato diferente, mesmo que não seja novo.

Por fim, importante indicar a presença da inaptidão para efeitos da coisa julgada, que permite entender que o indeferimento da tutela cautelar não impede a propositura da ação principal nem exerce influência em seu julgamento, a não ser quando há o reconhecimento de prescrição ou decadência.

Expostos os pontos mais marcantes das discrepâncias entre as modalidades de tutela provisória, agora serão demonstrados os pontos de convergência da tutela provisória de urgência e de evidência.

1.2.3 Forma de requerimento incidental

Conforme se pode notar do que já foi apresentado, bem como da literalidade do artigo 294 do Novo CPC, as tutelas de urgência podem ser requeridas de forma antecedente, bem como de forma incidental; e enquanto as tutelas de urgência

podem ser requeridas de ambas as maneiras, a tutela de evidência limita seu pleito ao caráter incidental³².

O caráter incidental remete-se ao momento de efetuação do requerimento da tutela provisória em relação ao requerimento da tutela definitiva. Ou seja, é considerado incidental o requerimento realizado dentro do processo em que é/foi requerida a tutela definitiva, ou quando é realizado após já ter sido feito o pedido definitivo ou quando os dois são feitos concomitantemente.

Essa relação entre a tutela provisória e a tutela definitiva dá margem ao disposto no artigo 295 do Código de Processo Civil de 2015, que prevê a independência do pleito em relação ao pagamento de custas. Ou seja, a tutela provisória incidental não exige o pagamento de custas específico para que possa ser passível de análise pelo julgador³³.

A forma de requerimento incidental pode ocorrer na petição inicial, na contestação, na petição de ingresso de terceiro ou na manifestação do MP; por petição simples, oralmente com posterior redução a termo, ou no bojo da via recursal.

Logo, o pleito principal sempre estará presente, de maneira a constituir o processo que contará com o requerimento provisório incidental.

1.3 Momento da concessão

Os artigos 300, §2º e 311 do Novo Código de Processo Civil tratam especificamente do momento em que pode haver a concessão da tutela provisória. Esse momento pode ser definido por intermédio de liminar ou após justificação prévia.

Tanto a concessão da tutela provisória de urgência, quanto da de evidência, pode acontecer das duas maneiras supramencionadas, embora a tutela de evidência tenha restrições mais drásticas quanto à concessão liminar.

³² Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2015, p. 307

³³ Artigo 295, CPC/2015. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

O momento identificado como liminar corresponde à concessão da tutela provisória no limiar do processo, antes da oitiva da parte demandada³⁴, independente se o requerimento foi feito de maneira antecedente, já explicitado, ou de maneira incidental.

O que se altera aqui, basicamente, diz respeito ao exercício do contraditório, uma vez que a concessão liminar da tutela provisória é responsável pela postergação do contraditório, ou seja, há oitiva do demandado só depois da tomada da decisão³⁵.

Entretanto, só é possível o adiamento do contraditório em situações específicas, como o perigo de causar dano irreparável pela demora decorrente da formação do contraditório, bem como quando a oitiva da parte contrária for capaz de prejudicar os objetivos da demanda sumária.

Em uma primeira interpretação, parece então que a concessão liminar deveria ser restrita à tutela provisória de urgência, uma vez que o legislador deixa claro que a tutela de evidência depende da defesa inconsistente do réu.

No entanto, como já referido ao tratar da tutela de evidência, vê-se a possibilidade de presunção de que a defesa será inconsistente (art. 311, II e III), que permite a concessão da tutela provisória antes da oitiva da parte contrária, configurando o momento liminar.

Já a tutela provisória de urgência tem a visão da concessão liminar de maneira mais simples, uma vez que a urgência é forte justificativa para se postergar o contraditório.

Quando o magistrado não entender pela existência de perigo de dano grave o suficiente para postergar o contraditório e pedir para ouvir a parte demandada antes da concessão da tutela provisória, provável será que a decisão acerca do pedido de tutela provisória se dê em justificção prévia logo após a oitiva da parte demandada.

Trata-se aqui de probabilidade e não de certeza, porque ao decidir pela oitiva da parte contrária, o julgador profere uma decisão de não conhecimento de perigo forte o suficiente que justifique a concessão da liminar.

³⁴ Fredie Didier Jr.; Paula Sarno Braga; Rafael Alexandria de Oliveira. Curso de Direito Processual Civil. vol. 2. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015, p. 578

³⁵ Didier Jr. *op. cit.* p. 581

Assim, tal decisão tem força de decisão interlocutória e não de mero despacho, o que faz com que possa ser desafiada por agravo de instrumento. Sendo julgado o agravo de instrumento, com o entendimento de existência do perigo e necessidade de apreciação liminar da tutela provisória, a decisão deverá ser prolatada antes da oitiva do réu.

Apesar da posituação referente à concessão liminar ou após justificação prévia, não são esses os únicos momentos em que a tutela provisória pode ser prestada. Ela poderá ser concedida durante todo o trâmite processual, bem como em sede de prolação da própria sentença.

Por fim, pode-se haver a concessão da tutela provisória em grau recursal e, nesse caso, o requerimento da tutela provisória será feito diretamente ao tribunal responsável pelo julgamento do recurso.

O requerimento será encaminhado ao relator do recurso, se este já foi distribuído, e ao tribunal, caso não tenha ocorrido distribuição, ficando o relator do recurso prevento para o julgamento do requerimento do efeito antecipativo³⁶.

Não se pode deixar de mencionar que a concessão da tutela provisória de ofício é vedada, mas há casos em que o pedido é considerado implícito e que o juiz poderá conceder a tutela provisória, mesmo que não expressamente requerida, como é o caso, por exemplo, de fixação de alimentos provisórios em ação de alimentos.

1.4 Competência para julgamento do pleito provisório

Tratar de competência no âmbito da tutela provisória significa analisar especificamente qual o juízo poderá decidir a seu respeito.

Segundo Liebman (1981), citado por Dinamarco³⁷ “Chama-se competência a quantidade jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos”. Assim, há uma distribuição da jurisdição entre os órgãos com a finalidade de definir o juízo competente para cada processo.

³⁶ Didier Jr. *op. cit.* p. 582

³⁷ Antônio Carlos de Araújo Contra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 260.

No Brasil, a competência tem sua distribuição prevista na Constituição Federal, nos Códigos de Processo, Constituições Estaduais e Leis de Organização Judiciária. No que tange à competência referente à tutela provisória, a distribuição é prevista no artigo 299 do Novo Código de Processo Civil da seguinte maneira:

A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente ao juízo competente para conhecer do pedido principal. Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

Ora, a tutela provisória conta com a presença de um elemento chamado Interinalidade, por meio do qual fica determinado que ela faz parte de um processo exteriorizado por um procedimento comum, ou seja, não compõe um processo autônomo. Mesmo que requerida de forma antecedente, a tutela provisória conta com a continuação de um processo principal.

Seguindo essa linha de raciocínio, conclui-se pela disposição do artigo retro citado, pois, sendo um ato de procedimento, o juiz competente para a tutela definitiva abrangerá a competência para decidir sobre a tutela provisória.

Enquanto o assunto é a competência de primeiro grau, o Novo Código de Processo Civil não apresenta qualquer novidade, a inovação surge quando se trata de competência para tutela provisória no âmbito de procedimentos originários diretamente em tribunal ou em recurso.

Nesses casos, a competência estará nas mãos do juízo competente para julgar o mérito do processo originário em tribunal ou do próprio recurso. Tal entendimento é cabível também quando se trata dos tribunais superiores, uma vez que a competência será do tribunal responsável pelo julgamento do mérito e não pelo juízo de admissibilidade inferior que deixará de existir na vigência do Novo Código de Processo Civil.

Salvo em sede de recurso repetitivo no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que passará a competência para o Presidente do Tribunal de Origem de acordo com o art. 1.029, §5º, III, NCPC³⁸.

Sinteticamente, a competência no Novo Código de Processo Civil é determinada de acordo com as razões expostas acima e ainda terá grande repercussão com o início de sua vigência.

1.5 Eficácia e efetivação da tutela provisória

A própria nomenclatura da tutela provisória já adianta a ideia de sua eficácia provisória, que é dirimida apenas em função da tutela final referente. Em razão da sumariedade da cognição, é lógico concluir pela eficácia provisória prevista no artigo 296³⁹ do Código e Processo Civil de 2015.

Vê-se então que a provisoriedade, capaz de colocar um termo final para a eficácia, identifica-se com a característica já apresentada da precariedade, uma vez que os limites da cognição sumária abrem margem para a revogação e modificação a qualquer tempo.

Claro que, para tratar da eficácia, a presunção é a de que houve a concessão da tutela provisória, porque para ter efeitos, ou seja, para ser eficaz, deve haver a tutela do direito. Logo, não há que se falar em eficácia de decisão que negou a tutela provisória.

Sumariamente, tem-se que a tutela provisória concedida terá efeitos durante todo o processo, até ser englobada pela tutela definitiva, mas que, em função de sua precariedade, tal eficácia poderá ser restringida por revogação ou modificação da tutela provisória a qualquer tempo.

Dessa maneira, cumpre demonstrar os requisitos que permitem sua revogação e modificação.

³⁸ Art. 1.029, § 5º, III, CPC/2015. O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido:
III - ao presidente ou vice-presidente do tribunal local, no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.

³⁹ Artigo 296, CPC/2015. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode ser modificada a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

Fundamentalmente, a tutela provisória poderá ser revogada ou modificada pela própria tutela definitiva quando essa não abarcar aquela, ou em razão de requerimento das partes.

Quando o motivo constitui a revogação ou modificação em razão da segunda hipótese, exige-se que tenha havido alteração posterior do fato ou prova capaz de descaracterizar o preenchimento dos requisitos verificados para a concessão.

No caso da revogação, o intuito é o reestabelecimento do *status quo ante*, o que lhe dá eficácia retroativa, ou seja, os efeitos retroagirão até o momento de concessão da medida.

Apesar da previsão de revogação ou modificação a qualquer tempo, os elementos indicados para possibilitar tal situação servem como garantidores da segurança jurídica, concedendo certa estabilidade à tutela provisória. Assim, sempre há necessidade de justificativa para alteração de provimento jurisdicional.

O recurso contra a decisão é outro instrumento capaz de alterar a eficácia da tutela provisória, uma vez que, a requerimento da parte que mostra os elementos já destacados, o Estado julgador pode modificar, revogar ou até conceder a tutela provisória.

No caso da revogação e modificação, vê-se a alteração da eficácia da medida, mas no caso da concessão, onde é claro que não havia tutela provisória ainda, o que se tem é o termo inicial da eficácia.

Por fim, o parágrafo único do artigo 296 traz uma regra muito específica para a eficácia da tutela provisória, que é a sua manutenção nos casos em que houver suspensão do processo, salvo se houver decisão indicando o contrário.

Ora, a suspensão do processo não quer dizer que os elementos que levaram a concessão da tutela provisória, cuja existência obriga sua concessão, deixaram de existir. Ou seja, pode ainda haver o perigo de dano irreparável, probabilidade do direito etc., o que faz com que a tutela provisória deva continuar produzindo efeitos⁴⁰.

Há que se ressaltar o termo possibilidade, pois como bem prevê o artigo, decisão em sentido contrário pode suspender a eficácia da tutela provisória e, para que isso ocorra, será necessária a presença dos elementos capazes de alterar os

⁴⁰ Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2015, p. 297

pressupostos existentes a fim de que o magistrado possa suspender a eficácia da tutela provisória, seja por revogação, modificação ou apenas por suspensão.

Bem como o conceito de eficácia da tutela provisória depende da presunção de concessão da tutela para que possa ser analisado, o mesmo é verificado com a efetivação, que consiste, basicamente, na permissão ao demandante de usufruir dos efeitos reais do direito postulado antes de sua tutela definitiva.

Como sequência então, a efetivação será tratada nos artigos 297 e 301 do Novo Código de Processo Civil da seguinte maneira:

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença no eu couber.

Art. 301. A tutela de urgência cautelar poderá ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito. (grifo meu)

Insta ressaltar que, ao tratar de medidas adequadas, o legislador determinou que o julgador deverá optar pelo meio que seja menos restritivo e observar, no que for possível, as regras previstas para o cumprimento provisório de sentença localizadas nos artigos 520 a 522. Assim, o magistrado exercerá o seu poder geral de cautela e de efetivação⁴¹.

Bom, se o julgador deverá optar pela forma menos restritiva de efetivação, evidente que não há apenas uma forma capaz de permitir a efetivação da tutela provisória.

Basicamente, os meios de efetivação correspondem à ideia de meios executivos da tutela provisória, vindo daí a relação com o cumprimento provisório de sentença.

Então, tem-se uma atuação do magistrado que visa escolher a técnica executiva menos restritiva e, para tanto, ele precisará separar quais são as técnicas

⁴¹ Fredie Didier Jr.; Paula Sarno Braga; Rafael Alexandria de Oliveira. Curso de Direito Processual Civil. vol. 2. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015, p. 590

executivas aplicáveis a cada caso e depois, seguindo os princípios da proporcionalidade entre o direito tutelado e a restrição, optar pela mais adequada.

Vale assim, destacar a atipicidade dos meios executórios no Novo Código de Processo Civil quanto ao cumprimento das sentenças em que o executado não seja a Fazenda Pública.

Ou seja, não há previsões específicas para tornar efetiva a tutela provisória, os meios surgirão conforme a percepção do julgador em acordo com as regras do cumprimento provisório de sentença.

Essa liberdade de atuação e convencimento do julgador, para a escolha do meio de efetivação mais adequado, possui condições para garantir a escolha do meio mais ajustado, a credibilidade e segurança da jurisdição.

São elas:

Em primeiro lugar, a imposição de regime da responsabilidade civil objetiva àquele que se valeu da medida provisória e que restou ao final vencido na causa: deverá indenizar a parte ex adversa pelos prejuízos que sofreu com a efetivação da mencionada medida, independente da existência de culpa.

[...]

Em segundo lugar, a concessão de tutela provisória não se sujeita, em regra à obrigatoriedade de prestação de caução, embora o magistrado possa impô-la em duas situações: [casos do art. 520, IV, do NCOC com as exceções do art. 521, bem como na hipótese de tutela de urgência prevista no art. 300, §1º, do NCPC quando houver hipossuficiência econômica da parte].

[...]

Em terceiro lugar, a efetivação da tutela provisória se opera no mesmo processo em que a respectiva decisão foi proferida. Quando muito, pode conduzir apenas a um simples incidente procedimental. Nada impede que o magistrado determine a autuação apartada desse incidente para evitar tumultos desnecessários.⁴²

Logo, apesar de ter certa liberdade, o magistrado seguirá as condições mencionadas, bem como o regime do cumprimento provisório de sentença, para permitir que a tutela provisória surta efeitos.

⁴² Fredie Didier Jr.; Paula Sarno Braga; Rafael Alexandria de Oliveira. Curso de Direito Processual Civil. vol. 2. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015, p. 590-591.

1.6 Fungibilidade

O conceito de fungibilidade remete à ideia de substituição de alguma coisa por outra semelhante, em questão de qualidade e eficácia. Quanto à esfera do processo civil, fungibilidade aparece como indicativo de aproveitamento dos atos processuais já praticados⁴³ como forma de respeito aos princípios constitucionais da economicidade processual e da razoável duração do processo.

Uma breve análise da evolução histórica da tutela provisória nos dá dados suficientes para compreender a ideia da fungibilidade.

Até 1994, havia no sistema brasileiro um mecanismo para obtenção de providência jurisdicional em caráter provisório até o surgimento da possibilidade da tutela definitiva. Não importava qual era a providência específica para o pleito, pois se tratava de cautelares baseadas no poder geral de cautela.

Com o advento da Lei nº 8.952 de 1994, o ordenamento processual passa a contar com o mecanismo de outorga de efetividade, que é o instituto da tutela antecipada previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil vigente.

Dividiu-se, assim, a tutela provisória de urgência em duas modalidades distintas: a tutela cautelar e a tutela antecipada.

A cautelar continuou como procedimento autônomo próprio, enquanto a tutela antecipada apareceu como incidente nos autos dos próprios processos.

No entanto, deu-se muita importância para as diferenças entre elas, sendo que era algo que não deveria ser tão exaltado, vez a finalidade de ambas é bastante semelhante.

Não raras eram as vezes em que a parte tinha o seu pedido antecipatório indeferido sob a justificativa de que se tratava de medida cautelar e requereu-se antecipação de tutela e vice-versa.

Ainda no âmbito no Código de Processo Civil de 1973, o legislador buscou diminuir os riscos de ocorrer essas situações supramencionadas ao adicionar o §7º ao art. 273⁴⁴ em 2002.

⁴³ Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel, Mitidiero. Novo Curso de Processo Civil. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 213

⁴⁴ Artigo 273, CPC/1973. Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Tentou-se então possibilitar que o juízo aproveitasse o requerimento da parte, promoveu-se a inserção da ideia de fungibilidade das medidas referentes às tutelas de urgência.

No entanto, nem todos concordaram com a fungibilidade, uma vez que alguns doutrinadores entendiam que a tutela antecipada possuía requisitos mais rigorosos do que a tutela cautelar, o que fazia com que a cautelar pudesse ser concedida quando do pleito da antecipação, mas a recíproca não era verdadeira.

O Novo Código de Processo Civil tentou eliminar esse tipo de discussão sobre a distinção e reuniu as duas como espécies de tutelas de urgência, que ainda podem ser vistas como tutela antecipada (resultado implica antecipação de um dos efeitos práticos da tutela final) ou como tutela cautelar.

Assim, uniformizou os requisitos relacionados a cada uma delas e unificou o procedimento de concessão da tutela antecipada e da tutela cautelar requeridas de maneira incidental.

No que tange às tutelas de urgência requeridas de maneira antecedente, manteve-se a diferenciação dos procedimentos de pleito, um previsto no art. 303 e seguintes e o outro no art. 305 e seguintes respectivamente.

Ora, em um primeiro momento dá para imaginar que o legislador manteve todos os problemas inerentes às diferenças de rito entre tutela antecipada e cautelar e que os indeferimentos em virtude da confusão entre eles permaneceriam.

Entretanto, após tantas controvérsias entre tutela antecipada satisfativa e tutela cautelar, o legislador foi mais cuidadoso com a diferenciação no bojo do Código de Processo Civil de 2015.

Trouxe assim, no parágrafo único do artigo 305 a previsão da fungibilidade das medidas então requeridas em caráter antecedente⁴⁵.

O que se vê, então, é a previsão de adaptação dos procedimentos de cada uma das hipóteses de tutela provisória requerida de maneira antecedente como forma de aproveitamento dos atos processuais. Ou seja, prevê assim a fungibilidade das medidas.

⁴⁵ Artigo 305, CPC/2015. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
Parágrafo único. Caso entenda que o pedido a que se refere o caput tem natureza antecipada, o juiz observará o disposto no artigo 303.

Em suma, mesmo havendo a troca das modalidades de pleito, o juiz pode conceder a tutela após determinar a adaptação do procedimento. Assim, um requerimento cautelar visto como antecipação de tutela satisfativa pelo juiz, terá seu trâmite adaptado para as disposições do artigo 303 e seguintes.

Apesar de ausente a previsão legal, entende-se que a recíproca é verdadeira, ou seja, o requerimento da tutela antecipada satisfativa pode ter o procedimento adaptado de forma a seguir o rito da cautelar⁴⁶.

Logo, em tese, o CPC não permitirá que seja negada a tutela provisória apenas por uma questão de nomenclatura, devendo aplicar a ideia de fungibilidade dos meios (informação verbal)⁴⁷.

Restaram demonstradas as modalidades, pressupostos e características fundamentais da tutela provisória na esfera do Novo Código de Processo Civil. A seguir será demonstrada a relação de tais previsões com a ideia de sistematização.

⁴⁶ Fredie Didier Jr.; Paula Sarno Braga; Rafael Alexandria de Oliveira. Curso de Direito Processual Civil. vol. 2. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015, p. 617

⁴⁷ José Roberto dos Santos Bedaque. AASP-Curso: Liminares no novo Código de Processo Civil. Dr. Rogério Licastro Torres de Melo (Coo.), São Paulo, 2015.

II- Considerações iniciais quanto ao pensamento sistemático e a tutela provisória no Novo Código de Processo Civil

Em linhas pretéritas foram apresentadas as características básicas da tutela provisória, em virtude da necessidade de fornecer todas as informações acerca do instituto para que seja possível analisá-lo.

Doravante, de modo a cumprir a proposta do presente trabalho, buscar-se-á demonstrar como é entendida a criação de um instituto jurídico a partir de uma visão sistemática, de forma a permitir que se compreenda a maneira como ocorreu a atuação do legislador no tempo da positivação do instituto.

A análise pelo ponto de vista sistemático exige a observação dos problemas oriundos da tutela provisória. Sendo um instituto novo, não há possibilidade de verificar sua aplicação prática, o que faz com que os problemas, que serão apresentados, tenham sido percebidos mediante uma projeção da aplicação prática da tutela provisória.

Restou evidenciado que a tutela provisória apareceu no Novo Código de Processo Civil com o intuito de simplificar o procedimento processual e de aperfeiçoar a execução das tutelas jurisdicionais, de forma a permitir que o ônus relacionado ao decorrer do tempo fosse compartilhado entre os polos da ação de maneira mais eficaz do que o Código de Processo Civil de 1973 permitia.

Para que seja possível verificar se os objetivos supramencionados serão atingidos com a vigência do Novo Código de Processo Civil, faz-se imperioso analisar o instituto da tutela provisória como um todo, desde a atuação do legislador até sua aplicação prática.

Aqui, a análise da atuação legislativa não corresponde à análise do processo legislativo, e sim da forma como foi criada a tutela provisória no Novo Código de Processo Civil.

Então, a análise da atuação legislativa será voltada para a verificação da intensidade da presença do pensamento sistemático na atividade do legislador, no que tange à aproximação do instituto de sua aplicação ideal como um sistema. Ou seja, quanto maior a presença do pensamento sistemático para a criação de um instituto, mais próximo do ideal ele chega.

A inserção da tutela provisória no Novo Código de Processo Civil proporcionou questionamentos quanto à capacidade do instituto de atingir os

objetivos precípuos intentados pelo legislador e quanto às suas disposições serem suficientes ou não para que sejam aplicadas de maneira autossuficiente aos casos concretos, ou seja, sem necessidade de uma interpretação integrativa ou de uma atuação inovadora dos operadores do direito.

Assim, analisar-se-á a seguir, o nível de incidência do pensamento sistemático na criação da tutela provisória e se o resultado será capaz de permitir que aplicação casuística fique menos suscetível a elementos externos do ordenamento jurídico.

Para cumprir com o propósito, será demonstrado o que deve ser entendido por sistema e pensamento sistemático na ciência do Direito, bem como quais são os fatos e fundamentos que comprovam a ausência do pensamento sistemático.

2.1 Sistemas e a ideia de pensamento sistemático para a obtenção do direito

É possível encaixar a proposta de uma análise quanto à efetividade de um instituto jurídico positivado com a ideia de sistematização, mas para isso há a necessidade de uma breve explanação do que a doutrina apresenta como sistema no que tange ao papel desempenhado na ciência do Direito⁴⁸.

É possível encontrar um número razoável de definições de sistema, algumas mais simplistas e amplas, outras mais complexas e restritas, como se verifica, por exemplo, nas definições de notórios doutrinadores citados por Claus Wilhelm Canaris:

[...] é ainda determinante a definição clássica de KANT, que caracterizou o sistema como 'a unidade, sob uma ideia de conhecimentos variados' ou, também como 'um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios'. [...] Eisler, define-se sistema: ' 1. Objectivo: um conjunto global de coisas, processos ou partes, no qual o significado de cada parcela é determinado pelo conjunto supra-ordenado e supra-somático (...) 2. Lógico: uma multiplicidade de conhecimentos, unificada e prosseguida através de um princípio, para um conhecimento conjunto ou para uma estrutura explicativa agrupada em si e unificada em termos interiores lógicos, como o

⁴⁸ Claus Wilhelm Canaris. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 9

correspondente, o mais possível fiel, de um sistema real de coisas, isto é, de um conjunto de relações das coisas entre si, que nós procuramos, no processo científico, 'reconstruir' de modo aproximativo. [...] Savigny, o sistema é a 'concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grade unidade', segundo Stammler 'uma unidade totalmente coordenada, segundo Binder, 'um conjunto de conceitos jurídicos ordenado segundo pontos de vista unitários', segundo HEGLES, 'a representação de um âmbito do saber numa estrutura significativa que se apresenta a si própria como ordenação unitária e concatenada, segundo STOLL um 'conjunto unitário ordenado' e segundo COING uma 'ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário'.⁴⁹.

No entanto, apesar de representarem visões diferentes, é possível verificar a coincidência de duas características em todas elas.

As características evidenciadas correspondem à ordenação e à unidade. Ou seja, basicamente, é possível compreender a relação entre a ideia de sistema e a ciência do Direito por meio da análise das definições dessas duas características.

Claus Wilhelm Canaris sintetiza o entendimento da seguinte maneira, quanto à ordenação "pretende-se com ela- quando se recorra uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada- exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível"⁵⁰ e quanto à unidade "verifica-se que este fator modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas [...]"⁵¹.

Com isso, entende-se que um sistema é constituído por uma gama de elementos que são racionalmente ordenados e coerentes entre si (ordenação), de forma que seja possível sua percepção como logicamente encaixados, sem que qualquer dos elementos, por mais básico que seja, fique em desacordo com o arranjo total (unidade).

Fato é que essa visualização de sistema é bem mais perceptível quando tratamos de objetos menos subjetivos do que a ciência do direito. Por exemplo, é mais simples visualizar a ordenação e a unidade quando o sistema se refere a algo objetivo e palpável como um objeto mecânico.

Pensemos em um relógio, nesse exemplo, o sistema seria constituído pelo relógio como um todo e as engrenagens e demais peças seriam seus elementos.

⁴⁹ Claus Wilhelm Canaris, *ibidem*.

⁵⁰ Claus Wilhelm Canaris. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 12

⁵¹ Claus Wilhelm Canaris, *ibidem*.

Esses elementos são encaixados de maneira lógica e formam um todo sistemático capaz de exercer a atividade que lhe foi atribuída no momento de sua criação.

Assim, estaríamos diante de um sistema ideal em que não há erros e problemas no seu funcionamento e na relação entre seus elementos.

No entanto, não se pode dizer que a construção do Direito seja tão simples quanto à construção de um relógio, pois o Direito tem sua origem e aplicação mais relacionada ao âmbito subjetivo da ciência do que ao âmbito objetivo.

Trata-se de ramo das ciências humanas, historicamente construído por pessoas e que exige uma aplicação, na maioria das vezes, dependente da casuística, de forma a ficar mais vulnerável a contradições e incompletudes. Até porque, a história vai sendo vivida e outras hipóteses de construção e aplicação vão aparecendo.

Entende-se então que a ciência do Direito é voltada para efeitos práticos na vida humana e, com a análise da atuação do legislador, no que tange à criação da tutela provisória, será possível verificar se coube à ideia de sistema qualquer significado na hora da criação da tutela provisória.

Claus Wilhelm Canaris defende a importância do sistema para a obtenção do Direito, sendo o argumento sistemático uma forma de fundamentação teleológica relevante e admissível. Assim, para ele, o sistema aparecerá no Direito como uma ordenação valorativa.

A ideia de uma ordenação valorativa é a que melhor se enquadra na sistematização para obtenção do Direito, uma vez que um sistema puro de conceitos fundamentais corresponde apenas a categorias formais que estão abaixo de qualquer ordem jurídica pensada.

Verifica-se ainda, que ordenamentos jurídicos podem constituir sistemas, quando analisados, por exemplo, pelo ponto de vista de Kelsen, citado por Ferraz Jr.⁵², que defende que o ordenamento consistiria em um sistema dinâmico, ou seja, em que há uma captação de normas dentro de um processo de contínua transformação.

As normas fazem parte do todo de acordo com o pensamento sistemático. E, levando em consideração a definição constituída pelas características de ordenação

⁵² Tércio Sampaio Ferraz Jr. Introdução ao Estudo de Direito. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 147.

e unidade inicialmente apresentada, pode-se afirmar que o Novo Código de Processo Civil seria um sistema perfeito se suas previsões se encaixassem de maneira coerente e complementar, não só em uma relação interna, mas também em uma relação com os preceitos normativos antecedentes.

Logo, a sistematização para obtenção do direito não se limita à exposição de conceitos fundamentais, mas condiz com uma dimensão valorativa dos dispositivos logicamente organizados, de forma a produzir um ordenamento jurídico que respeite a ideia de unidade e ordenação. É possível verificar, assim, que as ordenações sistemáticas são chaves importantes para a obtenção do Direito, inclusive o positivado.

No que tange à obtenção do Direito de forma sistemática, o posicionamento de Canaris foi adotado, porque enxerga as vantagens da sistematização em uma aplicação prática do Direito⁵³, o que condiz com os objetivos dos efeitos práticos aos quais se dirige a ciência do Direito.

Esses objetivos práticos levaram alguns pesquisadores a entender que a ideia de sistema não possui qualquer valor para a criação do Direito, a não ser em um sentido de representação e ordenação⁵⁴, principalmente à luz de um sistema puro de conceitos.

No entanto, já restou comprovado equívoco nesse tipo de entendimento, uma vez que a ideia de ordenação valorativa de sistema e a multiplicidade dos conceitos tornaram claro o entendimento do real significado de sistema para a obtenção do direito, como forma de fundamentação teleológica e ordenação valorativa capazes de proporcionar ordenação e unidade.

2.2 Lacunas, incorreções, contradições e a imagem de um sistema ideal.

As contradições e incompletudes presentes em um sistema são também entendidas como incorreções, lacunas ou quebras no sistema. Elas constituem o

⁵³ Claus Wilhelm Canaris. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 152

⁵⁴ Claus Wilhelm Canaris; *op. cit.* p. 150

caminho que permite que o objeto de análise como um todo seja relacionado ao conceito de sistema e à atuação sistemática, ou não, de seu criador.

No âmbito da ciência do Direito, tem-se que as quebras no sistema condizem com as contradições de valores ou de princípios dentro de um arcabouço único de análise e vão de encontro à ideia básica de unidade do sistema, exigindo muitas vezes uma interpretação criativa para serem superadas.

As lacunas, quando aparecem, constituem um grande problema dentro do sistema analisado e são mais preocupantes do que as quebras de sistema, haja vista que sua gravidade ameaça a própria formação do sistema.

Elas podem ser subdivididas em algumas categorias que permitem melhor entendimento e percepção de sua existência, dos problemas que proporcionam e das soluções que demandam.

Claus Wilhelm Canaris as apresenta ao falar apenas de duas classificações. São elas:

a) Lacunas de valores:

“[...] o sistema apenas representa a forma exterior da unidade valorativa do direito, toda a formação do sistema indicia algo por, em geral, haver valores; as lacunas de valores implicam por isso, como consequência, sempre lacunas no sistema”⁵⁵;

b) Lacunas como erupções de modos de pensar não-sistemáticos:

“[...] negam-se aqui as possibilidades de pensamento sistemático; pois este pela sua estrutura, está ligado a um trabalho com auxílio do princípio da igualdade e só pode, em consequência desse formal, (pelo menos em parte), pensar até o fim valores já existentes, mas nunca alcançar valores inteiramente novos.”⁵⁶.

Por sua vez, Karl Engisch aprofunda um pouco mais no âmbito jurídico para tratar de lacuna e apresenta o conceito de lacuna jurídica como “*uma incompletude*

⁵⁵. Claus Wilhelm Canaris, *op. cit.* p. 239

⁵⁶ Claus Wilhelm Canaris, *op. cit.* p. 241

*insatisfatória no seio de um todo. Aplicado ao Direito, o conceito de lacuna demonstra a impossibilidade de obter uma resposta jurídica através da interpretação”*⁵⁷.

Esse tipo de lacuna está relacionada diretamente com a legislação e aparece como um vazio/incompletude ou ausência de previsão específica na lei.

Em outras palavras, a lacuna jurídica é percebida quando a legislação deve ser aplicada a um determinado caso e mesmo assim não possui disposição que seja compatível com a resolução da questão.

Ideia semelhante foi abordada por Zitelmann, citado por Ferraz Jr.⁵⁸, ao tratar de lacunas autênticas. Elas se manifestariam quando a legislação não permitisse a obtenção de resposta, quando a partir dela não fosse possível encontrar uma decisão, sendo considerada pela doutrina como uma lacuna propriamente dita.

Ademais, o ordenamento jurídico também conta com a possibilidade de ocorrência de contradições que podem surgir como erros ou incorreções inerentes à própria atuação do legislador no momento de criação do ordenamento jurídico.

Essas contradições podem acontecer de duas maneiras. Ou elas ocorrem dentro de uma única legislação, ou seja, em uma única lei o legislador consegue prever duas situações que se chocam- onde a incidência de uma implica a impossibilidade de aplicação da outra-; ou ocorrem relacionadas à legislação pré-existente, ou seja, quando a criação de uma lei traz a previsão de situação que se choca com previsões que já existiam no momento de sua promulgação.

A existência de lacunas, erros, contradições e incorreções não significa que o todo analisado não possa ser considerado um sistema, uma vez que um sistema pode apresentar tais situações, mas corresponde a uma ausência ou limitação do pensamento sistemático do criador.

No caso do direito positivo, tal entendimento é apresentado por A. Neves Castanheira, citado por Garcez⁵⁹, quando diz que o sistema jurídico não é nem pleno (sem lacunas), nem sem equívocos, nem fechado e que o Direito positivo não definirá finalmente e nem excluirá logicamente.

⁵⁷ Karl Engisch. Introdução ao pensamento jurídico. Tradução de J. Baptista Machado 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1973, p. 276.

⁵⁸ Tércio Sampaio Ferraz Jr. Introdução ao Estudo de Direito. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 187.

⁵⁹ Sergio Matheus Garcez. Lacunas da lei: Diferenças entre interpretação e integração. A interpretação integrativa. vol. 1. número 1. São Paulo: Revista jus et veritas, 2011, p. 7. Disponível em: http://jusetverit.dominiotemporario.com/doc/Artigo_Sergio-1.pdf Acesso em: 15/10/2015.

A presença de lacunas e incorreções em um sistema jurídico, então, corroborará a ideia de Direito deficiente, em que o juiz atua de maneira integrativa para suprir uma lacuna e até contra a lei positivada no caso de incorreções.

Ante o exposto, faz-se possível apresentar, a seguir, a relação entre um sistema ideal e a existência de lacunas, incorreções e contradições.

2.3 O sistema ideal e a presença de lacunas e incorreções

Como já apresentado em linhas pretéritas, o exemplo do relógio como um sistema é fácil de ser visualizado como um sistema ideal. Se supuser que as baterias durem para sempre, a ordenação de seus elementos encaixados logicamente nunca permitirá a formação de lacunas e incorreções e ele sempre funcionará com perfeição no mundo prático.

No que tange à formação de um sistema na ciência do Direito, pode-se afirmar que um sistema jurídico ideal seria composto por dispositivos lógicos e historicamente encadeados, de forma que não abra brecha para o surgimento de lacunas incorreções e contradições.

Ou seja, seria necessário supor que o sistema jurídico seria capaz de prever todas as situações práticas possíveis de sua aplicação.

Sendo o Direito algo humanamente criado, de acordo com a casuística histórica, evidente que a formação de um sistema ideal seja algo pouco provável como bem determinou Claus Wilhelm Canaris ao dispor que:

De facto a formação de um sistema completo numa determinada ordem jurídica permanece sempre um objetivo não totalmente alcançado. Opõe-se-lhe, invencivelmente, a natureza do Direito e isso a dois títulos. Por um lado, uma determinada ordem jurídica positiva não é uma <<ratio scripta>>, mas sim um conjunto historicamente formado, criado por pessoas, apresentando como tal, de modo necessário, contradições e incompletudes, inconciliáveis com o ideal da unidade interior e da adequação e, assim, com o pensamento sistemático.⁶⁰

Ora, conclui-se então que a existência de lacunas, incorreções e contradições não corresponde necessariamente à formação de um ordenamento jurídico não

⁶⁰ Claus Wilhelm Canaris. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 199.

sistemático. Entende-se, pois, que um sistema pode sim contar com a presença desses institutos, mas nesse caso não será considerado um sistema ideal.

Haja vista que, logicamente, o Novo Código de Processo Civil não constitui um sistema ideal, cumpre lembrar que o propósito do presente trabalho não se relaciona com a possibilidade do código ser ou não um sistema, mas sobre a sistematização presente ou não no momento de sua criação.

Dessa forma, tal fato não impede a análise da sistematização da atuação legislativa a partir das lacunas e incorreções presentes, uma vez que até mesmo a concepção de sistema dinâmico envolve problemática relacionada à necessidade de qualificação normativa de todos os comportamentos possíveis ou à possibilidade de ocorrer situação não qualificada pelo ordenamento, ou seja, lacunas.

Ademais, o exame realizado a partir da constatação de lacunas é garantido também pela ideia de lacunas intencionais e não intencionais⁶¹, onde as primeiras promovem essa garantia por se referirem ao fato de o legislador não conseguir prever a problemática ou, principalmente, não ter sido cuidadoso o suficiente.

Em resumo, verificou-se (i) a possibilidade de obtenção do direito por intermédio de uma atuação sistemática; (ii) que o ordenamento jurídico pode ser considerado um sistema; (iii) que há o cabimento de lacunas dentro de um sistema; e (iv) que a presença delas denuncia as falhas do pensamento sistemático originário, uma vez que estariam ausentes em sistemas ideais.

Assim, a atuação correspondente à criação do sistema ideal conta com a presença do pensamento sistemático capaz de originar um sistema desprovido de lacunas e incorreções.

De tal maneira, a presença de lacunas e incorreções leva ao entendimento de ausência ou, no mínimo, de falhas no pensamento sistemático provedor da atuação originária de um sistema.

Recorrendo às razões expostas acima, será possível chegar a conclusões acerca da atuação legislativa, no caso, se ela foi realizada de maneira sistemática ou não, de acordo com a existência de lacunas e incorreções no objeto final produzido.

⁶¹ Tércio Sampaio Ferraz Jr. Introdução ao Estudo de Direito. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 188.

Ainda, foi possível verificar que a intensidade do pensamento sistemático é inversamente proporcional à capacidade de originar lacunas, incorreções e contradições dentro do sistema criado.

Assim, em seguida, buscar-se-á demonstrar o cabimento da ideia de sistema quando da criação da tutela provisória do Novo Código de Processo Civil de maneira a possibilitar o surgimento de conclusões referentes à atuação do legislador à época de elaboração do Código.

III- Lacunas e incorreções no âmbito do Novo Código de Processo Civil

Como indicado, a conclusão a respeito da incidência do pensamento sistemático na criação da tutela provisória no Novo Código de Processo Civil depende da verificação da existência de lacunas e incorreções que indiquem problemas quanto à origem do ordenamento.

No caso do Novo Código de Processo Civil, a existência de lacunas, incorreções e contradições referendam a ideia de que comportamento do legislador tendeu a não ser sistemático ou foi pouco sistemático.

Dessa maneira, torna-se imperiosa a necessidade de apresentar algumas hipóteses que consistem em exemplificações de lacunas, incorreções e contradições da tutela provisória no Novo Código de Processo Civil.

Devido à situação atual de não aplicação prática do Novo Código de Processo Civil, as situações demonstradas a seguir possuem fundamento na análise de processualistas consagrados pela doutrina brasileira a respeito da projeção de aplicação do instituto aos casos concretos e da possibilidade de aplicação autossuficiente da regra.

3.1 Tentativa de unificação da tutela cautelar e tutela antecipada

Inicialmente, será tratada a ideia de unificação das tutelas antecipadas com as tutelas cautelares no bojo do Novo Código de Processo Civil. Ou melhor, da falsa unificação entre os institutos apresentada pelo legislador como forma de simplificação e economicidade do trâmite processual.

Como demonstrado em linhas passadas, é possível afirmar que o legislador tentou uniformizar os pressupostos de deferimento das tutelas antecipadas e das tutelas cautelares no Novo Código de Processo Civil quando as previu de maneira conjunta nas disposições que tratam da tutela provisória de urgência⁶².

No entanto, da simples leitura do Livro V do Novo Código de Processo Civil é possível concluir que as diferenças entre a tutela antecipada e a tutela cautelar ainda persistem e mantém algumas das confusões contidas no CPC de 1973.

⁶² Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2015, p. 306

Essas diferenças são vistas, principalmente, no que tange ao requerimento de forma antecedente de cada uma das tutelas, que aparecem no Novo Código de Processo Civil com procedimentos distintos.

Ora, sabe-se que os pressupostos de deferimento das tutelas cautelares ou antecipadas no âmbito do CPC de 1973 foram objetos de grandes debates, não só no que tange às cautelares específicas como também a tutela fundamentada no artigo 675⁶³, ou seja, no próprio poder geral de cautela⁶⁴.

Os pressupostos das tutelas provisórias de urgência se relacionam diretamente com as finalidades de cada modalidade: (i) a antecipação por um perigo gerado pela ação do tempo, no caso da tutela antecipada e (ii) o perigo de impossibilidade do resultado, no caso da tutela cautelar.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que o legislador ignora todo o debate jurisprudencial e doutrinário efetuado por aqueles que estudam e aplicam o direito a respeito das distinções entre os antigos pressupostos para unificá-los em um pressuposto único de probabilidade do direito, ele mantém a distinção inicial no que tange ao requerimento antecedente.

Ora, a tutela antecipada requerida em caráter antecedente tem seu trâmite detalhado nos artigos 303 e 304 do Novo Código de Processo Civil, enquanto a tutela cautelar requerida em caráter antecedente tem um trâmite diferenciado previsto entre os artigos 305 e 310.

Evidente que o legislador desconsiderou a discussão por trás das especificidades da tutela antecipada e da tutela cautelar para tentar acabar com a diferenciação, tanto que traz previsão indicando que a confusão entre elas seria superada pelo magistrado por meio da fungibilidade, mas ele, contraditoriamente, reforça suas diferenças perdendo a chance de simplificar os procedimentos.

A fungibilidade é afastada no caso do caráter antecedente do pleito, o que faz com que a necessidade de identificação de uma medida ou de outra permaneça. Logo, o legislador manteve a complexidade do instituto que tentou simplificar por

⁶³ Art. 675 Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes.

⁶⁴ Como destaca Luiz Guilherme Marinoni: [...] a maioria dos processualistas entendeu estar presente na norma referida um poder geral de cautela. Os tribunais infelizmente não se mostraram sensíveis à necessidade do uso deste poder e foram muito tímidos na concessão de medidas cautelares que refugissem do âmbito estreito do art. 676. (Luiz Guilherme Marinoni, *Antecipação da tutela*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102-103).

intermédio da manutenção de procedimentos distintos e específicos, permitindo assim a instauração da primeira contradição no âmbito da tutela provisória.

Cássio Scarpinella Bueno vê a ideia da distinção entre a tutela antecipada e a cautelar como meramente nominal do que propriamente real, uma vez que os objetivos de cada uma contam com a ideia de preponderância e não de exclusividade de cada pressuposto⁶⁵.

Assim, a tutela antecipada buscaria, preponderantemente, a satisfação e a cautelar a segurança, mas ainda mantém o questionamento da aplicação prática dos institutos, pois a preponderância de cada elemento nem sempre será clara.

Estar-se-ia então, diante da necessidade de uma interpretação de qual elemento é mais presente para se decidir qual instituto a ser adotado, exigindo cautela do operador, pois trâmites diferentes afastam a ideia de fungibilidade.

Suponhamos que, no caso de um cautelar antecedente, o operador do direito deverá lidar com o procedimento A e que no caso de uma tutela antecipada antecedente ele deverá lidar com o procedimento B.

Ainda que o legislador tenha previsto que, se o juiz entender que deve ser aplicado o procedimento A no lugar do B, ele poderá fazer isso mesmo que a parte tenha se confundido, há claramente um problema na situação. Os pressupostos necessários e o próprio rito são diferentes, sendo muito difícil a aplicação da fungibilidade propriamente dita.

Vê-se então que a aplicação dos preceitos contidos na legislação não é suficiente para garantir a sua adequação, encaixando-se perfeitamente com a realidade de ausência de pensamento sistemático.

3.2 Cautelares específicas

O Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 301, prevê quatro medidas cautelares específicas. São elas: arresto⁶⁶; sequestro⁶⁷; arrolamento de bens⁶⁸ e registro de protesto⁶⁹ contra alienação de bens.

⁶⁵ Cássio Scarpinella Bueno. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 214

⁶⁶ Definida por Galeno Lacerda como: Medida assecuratória de apreensão de bens do devedor para garantia de execução futura de crédito que não tenha por objeto específico os bens apreendidos. (Galeno Lacerda; Carlos Alberto Oliveira, Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo II. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 34).

Sim, o legislador inseriu no Novo Código de Processo Civil as cautelares específicas tão conhecidas no Código de Processo Civil de 1973 e acabou criando uma das lacunas mais evidentes do ordenamento.

Tal lacuna condiz, basicamente, com a ausência de explicação do instituto previsto. Ocorre que a menção das cautelares específicas no artigo 301 é a única uma vez que elas são trazidas no Novo Código de Processo Civil. Isso quer dizer que, em momento algum, as cautelares específicas são conceituadas ou definidas, muito menos explicadas.

Ora, a ausência de previsão de para que serve cada cautelar específica demonstra que o legislador pressupõe que todos os operadores do direito terão conhecimento da explicação trazida no Código de Processo Civil de 1973?⁷⁰ Mesmo que houvesse tal presunção, ela seria incoerente, uma vez que legislações ultrapassadas tendem a não ser revividas pelos operadores do direito.

Essa limitada previsão gera a conclusão de que seria melhor que o legislador tivesse se ocupado mais em explanar a previsão do poder geral de cautela e centralizá-lo no âmbito das cautelares, do que em jogar sem rumo as cautelares específicas no Novo Código de Processo Civil.

Vê-se que o legislador foi totalmente silente no que tange a informações importantes a respeito das cautelares específicas, e a ausência de informações essenciais condiz com um vazio que impossibilita a aplicação da legislação com base apenas na interpretação de seus dispositivos, corroborando para a existência de uma lacuna jurídica.

⁶⁷ Como leciona Galeno Lacerda: O sequestro supõe litigiosidade da coisa (atual ou virtual) e, nessa perspectiva, pode ser conceituado como apto a prover, no âmbito da tutela cautelar, quanto à segurança material da coisa que foi, é, ou poderá vir a ser litigiosa. (Galeno Lacerda; *op. cit.* p. 94).

⁶⁸ Apresentado por Galeno Lacerda da seguinte maneira: Arrola-se para conservação (art. 856), havendo fundado receio de extravio ou de dissipação (art. 855), efetuando-se depois o depósito dos bens (art. 859). [...] O interesse do requerente apoia-se sempre na enumeração e conservação dos bens, prevenido porém o risco de dano pelo depósito. (Galeno Lacerda; *op. cit.* p. 285-286).

⁶⁹ Galeno Lacerda preceitua que: Os protestos, as notificações e interpelações constituem atos da chamada jurisdição voluntária, nos quais exerce o juiz, de regra, função de mero agente transmissor de comunicação de vontade. (Galeno Lacerda; *op. cit.* p. 330).

⁷⁰ Jorge Amaury Maia Nunes e Guilherme Pupe da Nóbrega. A chamada tutela provisória no CPC de 2015 e a perplexidade doutrinária que provoca, 2015, Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106.MI221866.41046-A+chamada+tutela+provisoria+no+CPC+de+2015+e+a+perplexidade>; acesso em: 24 de setembro de 2015.

3.3 Estabilização da tutela provisória

A estabilização da tutela provisória requerida em caráter antecedente é uma das previsões mais polêmicas do Novo Código de Processo Civil.

A estabilização da tutela provisória corresponde às hipóteses que geram muita desconfiança entre os processualistas, uma vez que desafia vários conceitos enraizados no cotidiano jurídico, como é o caso da coisa julgada e da extinção do processo com ou sem resolução do mérito.

Assim, é óbvio que o instituto seria alvo de análise mais crítica por parte dos doutrinadores, bem como sua inovação no ordenamento jurídico a tornaria vulnerável ao surgimento de incorreções quanto à visualização de suas possibilidades de aplicação em casos concretos.

De fato, o que é possível verificar quanto ao instituto da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente constitui incoerência no interior do Novo Código de Processo Civil.

Essa incoerência surge com o fato de que a estabilização da tutela é um meio a ser usado para finalizar e resolver a relação processual, mas sem produzir os efeitos da coisa julgada, uma vez que o fato de não ser apta a formar coisa julgada é uma das características da tutela provisória⁷¹.

Ao tratarmos da previsão da estabilização da tutela antecipada nas razões apresentadas no primeiro capítulo, foi visto que o réu tem a interposição de agravo de instrumento frente à decisão que conceder a tutela antecipada em caráter antecedente como único meio de se evitar a estabilização da decisão.

É justamente nessa parte da previsão que é possível notar sua incoerência, em virtude do fato de que o réu fundamentalmente tem a obrigação de recorrer dessa decisão para evitar a estabilização. Até porque são raras as situações em que o réu deixará uma decisão tomada mediante cognição sumária tornar seus efeitos definitivos.

O Novo Código de Processo Civil prevê que a estabilização da decisão ocorrerá quando não houver o desafio pela via recursal. Logo, determina que a contestação não seja uma opção para evitar a estabilização, como se aufere da

⁷¹ Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel, Mitidiero. Novo Curso de Processo Civil. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 217

literalidade do artigo 304 “A tutela antecipada, concedida nos termo do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”. (grifos meus)

Assim, vê-se que a opção de recorrer do réu é quase impositiva, enquanto a ideia de continuar a discussão processual pela contestação se torna despropositada⁷². Ainda que o réu não julgue o recurso como estratégia adequada, ele não tem alternativa viável, pois se não recorrer o processo será extinto e a tutela se estabilizará.

O legislador poderia até ter simplificado o procedimento, prevendo uma contestação limitada aos pressupostos da tutela provisória que mantivesse a análise do juiz que analisa a causa como um todo, mas não, ele preferiu aumentar a carga de processos nos tribunais, como se eles já não tivessem processos suficientes.

Cumprе mencionar que os juristas Fredie Didier Jr.; Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira enxergam vantagens na situação apresentada, que seriam (I) a diminuição dos custos processuais para o réu que não paga custas processuais por não se opor e (II) o pagamento de apenas 5% dos honorários de sucumbência.⁷³.

De todo modo, tais percepções não afastam o fato de que o legislador deixou passar a incorreção acerca da obrigação que o réu tem de recorrer para impedir a estabilização da tutela.

Outro problema encontrado na previsão da estabilização da tutela provisória condiz com a obrigação de indicar, já no pedido de tutela antecipada em caráter antecedente, o valor da causa considerando a tutela definitiva.

Com essa previsão, o legislador afasta, mais uma vez, qualquer ideia de vantagem atribuída à estabilização da tutela provisória e coloca à disposição das partes uma situação nada atraente.

O legislador determinou que o valor da causa sempre corresponda ao valor da tutela final definitiva e que, mesmo que a tutela provisória, menos abrangente que a tutela definitiva, estabilize-se, a parte sucumbente ficará vinculada às custas relacionadas ao valor total da causa, como se a tutela definitiva tivesse sido analisada.

⁷² Jorge Amaury Maia Nunes e Guilherme Pupe da Nóbrega *ibidem*.

⁷³ Fredie Didier Jr.; Paula Sarno Braga; Rafael Alexandria de Oliveira. Curso de Direito Processual Civil. vol. 2; 10. ed. rev. ampl. Salvador: Juspodium, 2015, p. 605

Essa previsão corresponde ao disposto no § 4º; do artigo 303 do Novo Código de Processo Civil⁷⁴, mas o que se pode ver da economicidade nessa situação? Mesmo que a parte opte por não terminar a cognição ela ficará incumbida do mesmo valor.

Se a tutela antecipada é diferente da tutela definitiva, cada ação deveria ter seu próprio valor e não ser encarada, como fez o legislador, como se mesma coisa fosse.

Pois bem, o legislador não explica a situação da decisão para o caso de o réu não recorrer. Ela se torna definitiva mesmo sem a cognição exauriente devendo permanecer precária? O processo é extinto com ou sem resolução do mérito?

Se a decisão se tornar definitiva, o legislador foi de encontro com o que previu no artigo 294 ao tratar a reversibilidade da medida em virtude de sua provisoriedade. Logo, até para que seja possível haver sentido entre os dispositivos da tutela provisória no Novo Código de Processo Civil, o réu acaba sendo obrigado a recorrer.

Ainda mais, o silêncio do legislador abre margem ao entendimento de que um procedimento seja extinto mesmo que contestado, em virtude da ausência de interposição recursal, bem como à possibilidade de considerar o trânsito em julgado de uma decisão tomada em cognição sumária, uma vez que prevê o prazo de dois anos como máximo para demandar a reforma⁷⁵.

Se o prazo de dois anos acabar, será considerado trânsito em julgado da decisão então?

Isso o legislador também não explica e são esses questionamentos e obscuridades que, ironicamente, deixam claro que o legislador abriu uma enorme lacuna no ordenamento ao inovar com a estabilização da tutela antecipada.

Como alternativa para suprimento, Fredie Didier, Jorge Amaury Maia Nunes e Guilherme Pupe da Nóbrega falam da ideia de que a contestação seria suficiente para impedir a estabilização da tutela com base no princípio do devido processo legal.

⁷⁴ Artigo 303, § 4º, CPC/2015. Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

⁷⁵ Jorge Amaury Maia Nunes e Guilherme Pupe da Nóbrega. A chamada tutela provisória no CPC de 2015 e a perplexidade doutrinária que provoca, 2015, Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI221866,41046-A+chamada+tutela+provisoria+no+CPC+de+2015+e+a+perplexidade>; acesso em: 24 de setembro de 2015.

No entanto, os autores apenas estão trazendo alternativas para o preenchimento da lacuna deixada pelo legislador, uma vez que não pode haver equiparação dos efeitos de um procedimento baseado em cognição exauriente com os de um procedimento baseado em cognição sumária.

3.4 Requerimento antecedente da tutela antecipada

Quanto ao requerimento antecedente da tutela antecipada, outro problema é visto no que diz respeito aos prazos.

Tem-se que o prazo que o réu possui para apresentar o agravo de instrumento contra a decisão que deferiu a antecipação é de 15 dias contados da citação, igual é o prazo para que o autor adite a inicial após a intimação da decisão, conforme prevê o inciso I, do artigo 303 do Novo Código de Processo Civil.

Tem-se que o legislador criou o instituto da estabilização da tutela provisória com a finalidade de promover a economicidade processual, tentando afastar a obrigação da cognição exauriente que é mais demorada.

Já foi vista a primeira falha ao tratarmos da quase obrigatoriedade de apresentação de recurso por parte do réu, e a outra será demonstrada a seguir.

Como mencionado, o réu e o autor possuem um prazo 15 dias para recorrer da decisão e aditar a petição inicial respectivamente. No entanto, pelo que é conhecido dos procedimentos nos fóruns brasileiros, é cediço que a intimação do autor acerca da decisão ocorre bem antes da citação do réu, uma vez que a intimação tende a ser por publicação em um período bem próximo ao da prolação da decisão e o autor pode se antecipar e tomar ciência, e a citação costuma demorar um pouco mais ao aguardar expedição e cumprimento de mandados.

Logo, temos que o período de 15 dias do prazo começa a contar antes para o autor e, conseqüentemente, tem seu termo final também antes. Dessa forma, o autor, que não possui dons divinatórios para prever o futuro, não tem como saber se o réu irá ou não recorrer – mesmo que o Código praticamente o obrigue- e se vê obrigado a aditar a inicial e promover o desenrolar da cognição exauriente,

afastando, no caso, qualquer indício de economicidade que se tentava promover pela estabilização da tutela antecipada⁷⁶.

Ora, pode-se presumir que assim como o réu não pode se arriscar, em prol de economia, a não recorrer, o autor não pode arriscar não aditar a inicial e ter sua tutela antecipada revogada por recurso interposto depois pelo réu.

Aqui, não se vê tanto a presença de uma lacuna, mas sim da falta de pensamento sistemático que fez com o Novo Código de Processo Civil deixasse passar um fato básico do trâmite judiciário, afastando o diálogo entre o tempo e as partes.

3.5 Eficácia imediata das decisões referentes à tutela provisória

Outra incorreção presente no Novo Código de Processo Civil é bem retratada por Luiz Guilherme Marinoni e, basicamente, foi apenas mantida no novo código, pois já está presente no Código de Processo Civil de 1973, demonstrando que o legislador, mais uma vez, perdeu a chance de melhorar o sistema processual.

O que se tem é que o legislador manteve a ideia de que “decisões fundadas em cognição sumária tenham eficácia imediata e decisões fundadas em cognição exauriente não tenham”⁷⁷.

O legislador manteve a possibilidade de que as decisões cautelares tomadas com base na cognição sumária, ou seja, que ainda não contaram com a análise de todos os elementos disponíveis para sua prolação, tenham uma eficácia imediata, passando a surtir efeitos assim que proferidas, enquanto as sentenças, baseadas na cognição exauriente após análise de todos os fatos e fundamentos disponíveis, não podem surtir seus efeitos de tal maneira.

Isso se dá pela previsão do artigo 1.012 do Novo Código de Processo Civil, que prevê ainda a possibilidade do efeito suspensivo para apelações de forma a evitar a produção de efeitos pela sentença.

Vemos que aqui outro setor do Novo Código de Processo Civil, fora do bojo da tutela provisória, colabora para o problema.

⁷⁶ Marcelo Pacheco Machado, Novo CPC, tutela antecipada e os três pecados capitais. 2015. Disponível em: <http://jota.info/novo-cpc-tutela-antecipada-e-os-tres-pecados-capitais>. Acesso em: 07/11/2015

⁷⁷ Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. Novo Curso de Processo Civil. vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 208

Em suma, a decisão dada em caráter liminar produz efeitos de imediato, mas a decisão tomada em sede de sentença, salvo raras exceções, não, uma vez que a apelação ainda tem o poder de suspender seus efeitos.

Como solução, Cássio Scarpinella Bueno apresenta o entendimento de que a tutela de evidência pode ser útil quanto ao problema apresentado, pois é capaz de evitar que a apelação seja recebida em seu efeito suspensivo seja quando confirmada na sentença, seja quando concedida.⁷⁸

Ora, apresentou-se apenas uma simples hipótese de contorno do problema, que continua em sua maior parte como uma contradição que conseguiu permanecer no ordenamento jurídico devido à ausência de pensamento sistemático do legislador.

3.6 Aparente taxatividade dos requisitos para concessão da tutela provisória de urgência

O artigo 300 do Novo Código de Processo Civil traz os seguintes requisitos para deferimento do pleito da tutela de urgência: probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A utilização das conjunções “e” e “ou” indicam que a probabilidade do direito é obrigatória e os dois últimos aparecem separadamente, sendo cada um específico para cada causa.

Conclui-se assim, que o legislador usou o perigo de dano para falar da tutela antecipada e o risco ao resultado útil do processo para falar da tutela cautelar e que a previsão do artigo é taxativamente clara, ao dizer que há obrigatoriedade da concessão da tutela de urgência para os casos em que os pressupostos mencionados estiverem presentes.

No entanto, o legislador escorrega mais uma vez, pois deixa a entender que só é merecida a tutela provisória nos casos em que houver dano, o que não é verdade.

⁷⁸ Cássio Scarpinella Bueno. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 232

Luiz Guilherme Marinoni apresenta, em sua obra, as outras possibilidades de concessão de tutela de urgência que evidenciam que o rol disposto no Novo Código de Processo Civil não poderia ser taxativo.

No que tange à tutela antecipada:

[...] é perfeitamente possível a obtenção de tutelas finais contra o ilícito (como tutela inibitória e tutela de remoção de ilícito, art. 497, parágrafo único), deve ser obviamente possível obtê-las igualmente de maneira antecipada.”⁷⁹

No que tange à tutela cautelar:

[...] supôs o legislador que a tutela cautelar é uma tutela voltada a afastar o ‘risco ao resultado útil do processo’- como se o requerimento de tutela cautelar pela parte não visasse à prestação ‘à tutela a seu próprio direito’. Vale dizer: a tutela cautelar não é uma tutela par a proteção do processo [...]. É uma tutela ao direito da parte.”⁸⁰

É evidente que ambas possuem a urgência enraizada na ideia do passar do tempo, basicamente na ideia de demora, o que faz com que a previsão do *periculum in mora* para todas as modalidades fosse mais coerente, pois é a demora que pode gerar qualquer problema para a tutela do direito.

Tem-se aqui uma atuação do legislador de forma a desconsiderar hipóteses claras de concessão da tutela provisória de urgência, corroborando com o surgimento de mais uma incorreção no Novo Código de Processo Civil.

3.7 Perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão

Outra incoerência percebida no âmbito da tutela provisória é vista ainda no rol do artigo 300, justamente em seu §3º que veda a concessão da tutela provisória nos casos em que houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Luiz Guilherme Marinoni aponta como um contrassenso ⁸¹, porque ao mesmo tempo em que a tutela provisória surge para combater o perigo da demora, que pode gerar um dano irreparável para o autor que possui o direito o provável, ela não pode ser concedida se puder causar o dano irreparável ao réu.

⁷⁹ Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. Novo Curso de Processo Civil. vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 100

⁸⁰ Marinoni, ibidem.

⁸¹ Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. Novo Código de Processo Civil Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 312

Fala-se aqui da titularidade do direito provável por parte do autor, uma vez que a probabilidade do direito é um dos requisitos para a concessão da tutela provisória. Assim, se pode falar na concessão da tutela provisória para o autor, é presumível que ele seja titular do direito provável.

Calmon de Passos, citado por I'talo Fioravanti Sabo Mendes, afirma que:

[...] toda e qualquer decisão em processo contencioso resulta: a) sempre e necessariamente um gravame subjetivo(desvantagem ou prejuízo para um dos contendores) ; b) ocasionalmente, um gravame objetivo [...]⁸².

Aufere-se da expressão “toda e qualquer decisão”, o fato de que tal entendimento pode ser aplicado às decisões interlocutórias que tratam das tutelas provisórias. Sendo assim, tem-se que elas podem causar prejuízos tanto para o demandante, quanto para o demandado, fazendo com que ambos pudessem arcar com o ônus da irreversibilidade em atenção ao princípio constitucional da isonomia.

No entanto, o legislador possibilitou que o perigo de dano irreparável se sobressaísse quando comparado ao direito provável. Isso é inaceitável, pois em algumas situações o risco de dano irreparável deverá ser suportado pelo demandado, que no caso já tem um direito improvável.⁸³

Vale destacar que tal previsão constitui incorreção da atuação legislativa também por sua afronta ao princípio da isonomia na ordem jurídica que ordena a equiparação entre os seres humanos e torna ilícita a efetuação de qualquer natureza de distinção.

Tal afronta é percebida porque, não apenas a aplicação do direito é capaz de violá-lo, mas também a criação de normas como bem leciona o professor I'talo Fioravanti Sabo Mender ao afirmar que:

O princípio da igualdade entre as partes não obriga única e exclusivamente o juiz, que se encontra vedado de estabelecer tratamento desigual entre as partes no processo e seus procuradores, mas também tem por destinatário o legislador, que está impedido de editar normas que impliquem afronta a esse princípio⁸⁴.

⁸² I'talo Fioravanti Sabo Mendes, P Duplo Grau de Jurisdição no Processo Civil: Um exame à Luz d Constituição e da Instrumentalidade do Processo. 2008.482 f. Tese (Doutorado em Direito)- Faculdade di Direto da Universidade de Brasília, Brasília, 2001, p.265- 266.

⁸³ Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero; Novo Curso de Processo Civil. vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 204

⁸⁴ I'talo Fioravanti Sabo Mendes, O duplo grau de jurisdição no processo civil: Um exame à luz da constituição e da instrumentalidade do processo. Tese (Doutorado)- Faculdade de Direto da Universidade de Brasília, Brasília, 2001, 276.

Cássio Scarpinella Bueno concorda com a ideia de que há necessidade de o demandado arcar com a irreversibilidade da medida em algumas ocasiões⁸⁵ e, como alternativa para que seja entendida como constitucional a previsão do artigo 300, §3º, do Novo Código de Processo Civil, ele sugere que a irreversibilidade deve ser desconsiderada em casos em que o dano ou o risco que procura afastar seja mais importante para o requerente do que para o requerido, analisado de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Ora, temos então outra situação em que a legislação por si só não é suficiente para ser aplicada satisfatoriamente em um caso concreto, exigindo uma interpretação criativa casuística para possibilitar a aplicação da regra.

Como bem definimos ao tratarmos das incorreções, podemos percebê-las na presente disposição devido a sua incapacidade de se auto sustentar e de se autopromover, exigindo uma interpretação criativa do julgador de forma não subordinada à previsão legal para que consiga atuar.

3.8 Precedentes quanto à tutela de evidência

O artigo 311 do Novo Código de Processo Civil trata da tutela de evidência e prevê sua concessão nas hipóteses em que as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente ou houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmulas vinculantes.

Conforme já foi apresentado no primeiro capítulo, a ideia de inconsistência da defesa do réu faz com que a tutela de evidência possa ser concedida, mesmo quando essa inconsistência da defesa seja apenas presumida.

No entanto, no âmbito do inciso II do artigo 311, o legislador dá a entender que a inconsistência estaria presente até quando simplesmente a tese do autor estivesse fundamentada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Ora, em seu Novo Código de Processo Civil comentado, Luiz Guilherme Marinoni demonstra que o legislador se enganou⁸⁶, uma vez que a base da inconsistência da defesa do réu consiste na tese do autor ser fundamentada em

⁸⁵ Cássio Scarpinella Bueno. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 209.

⁸⁶ Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. Novo Código de Processo Civil Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 322.

precedentes do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; ou até mesmo em jurisprudência apropriada dos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resoluções de demandas repetitivas.

Assim, mesmo com a previsão incorreta do legislador, o que deve ser aplicado é a ideia de que os precedentes fundamentadores podem ser originados de casos repetitivos ou não, bem como podem ou não ter suas razões retratadas em súmulas vinculantes.

Vê-se, mais uma vez, que o legislador restringe taxativamente, no Novo Código de Processo Civil, algo que evidentemente está relacionado a um rol mais extenso de determinações.

Está-se diante, mais uma vez, de ausência de disposição legislativa essencial, o que se encaixa mais uma vez no que vemos como lacuna jurídica.

3.9 Tutela provisória recursal no Supremo Tribunal Federal

As Súmulas 634⁸⁷ e 635⁸⁸ do STF tratam especificamente da competência referente ao juízo de admissibilidade dos recursos.

No Novo Código de Processo Civil, a tutela provisória recursal é requerida ao juízo *ad quem* e ficou decretado o fim do juízo de admissibilidade do recurso na origem.

No início do segundo capítulo, foi explicado o fato de que uma contradição pode fazer referência ao próprio ordenamento analisado de maneira solitária, bem como às previsões pré-existentes.

As súmulas do STF supramencionadas tratam de juízo de admissibilidade e de decisão de antecipação de tutela recursal proferida pelo juízo inferior, uma vez que é o responsável pelo juízo de admissibilidade.

Uma vez que o Novo Código de Processo Civil acabou com a ideia de juízo de admissibilidade na origem, e previu que a tutela provisória recursal deve ser decidida pelo tribunal responsável pelo julgamento do mérito do recurso, ele foi de encontro com o enunciado das Súmulas do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁷ Súmula 634: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.

⁸⁸ Súmula 635: Cabe ao presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

Mesmo que haja predominância do entendimento pelo simples decaimento dos enunciados⁸⁹, o Novo Código de Processo Civil, mais uma vez desconsiderou entendimentos oriundos de extensos debates.

Não se trata aqui de uma contradição com a própria legislação, mas de contradição com entendimento jurisprudencial já firmado pela mais alta corte do país. O que pode gerar preocupação quanto ao desenrolar do trâmite processual da tutela provisória no âmbito dos Tribunais Superiores.

⁸⁹ Fredie Didier Jr.; Paula Sarno Braga; Rafael Alexandria de Oliveira; Curso de Direito Processual Civil. vol. 2. 10. ed. rev. ampl. Salvador: Juspodium, 2015, p. 582

CONCLUSÃO

A realidade básica da sistematização de um ordenamento jurídico é percebida por meio das características ligadas à ordenação e à unidade, e a positivação do Direito de forma sistemática é responsável por sua aproximação do funcionamento ideal.

Tratando-se do Novo Código de Processo Civil, que é responsável pela coordenação do trâmite processual civil, ou seja, pela disposição de atos que devem ser logicamente encadeados e coerentes entre si, a ideia de ordenação e unidade, de sistematicidade propriamente dita, é muito importante para permitir sua aplicação prática.

As falhas presentes nessa essência ordenada e una constituem problemas no sistema que podem ser definidos por lacunas, incorreções e contradições. Elas, por sua vez, atrapalham o funcionamento prático do sistema, e, no caso de um ordenamento jurídico, exigem inovações e interpretações criativas como formas de superação. E, dependendo da gravidade, são capazes de impedir a própria constituição do sistema.

No entanto, a presença de lacunas, contradições e incorreções em um ordenamento jurídico não determina obrigatoriamente a não constituição de um sistema, pois podem significar apenas a existência de um sistema falho que não conseguirá cumprir o seu propósito de maneira autossuficiente.

A análise ocorrida em linhas pretéritas leva à conclusão de que um sistema que contém falhas permite a presunção de que houve uma atuação não sistemática ou pouco sistemática de seu criador.

De maneira resumida, pode-se afirmar que quanto maior o número de falhas existentes em um sistema, menos coube significado à ideia de sistema à época de sua criação.

Afinal, tem-se, logicamente, que uma atuação criativa, que conta com a presença total do pensamento sistemático, é considerada completamente sistemática. De tal maneira, uma atuação completamente sistemática leva à criação de um sistema ideal e um sistema ideal não apresenta lacunas, contradições ou incorreções.

Ou seja, as lacunas, incorreções e contradições apresentadas no corpo do presente trabalho são a base que permite que a sistematicidade da atuação legislativa na criação da tutela provisória no Novo Código de Processo Civil seja mensurada, pois, obviamente, são frutos da atuação legislativa devido ao fato de o Novo Código de Processo Civil não ter entrado em vigor na época de elaboração da presente pesquisa e retratar algo abstrato.

A ideia de sistematização na criação de um código é importante, porque ela diminui a incidência de lacunas, incorreções e contradições. Assim, seria possível aperfeiçoar a aplicação da legislação sem necessidade de inovações por parte dos operadores do Direito.

O que se pode entender é que a análise da atuação legislativa por intermédio dessa problemática das falhas da tutela provisória no Novo Código de Processo Civil funciona como uma espécie de termômetro capaz de verificar a intensidade da presença do pensamento sistemático e, por consequência, da possibilidade de aplicação autossuficiente dos dispositivos.

O parâmetro que aparece como limite da análise é: quanto mais for possível verificar falhas no sistema, mais baixa será a percepção da existência de sistematicidade na criação e vice versa. Ou seja, é uma visualização inversamente proporcional.

Haja vista que o Direito positivado não atinge o patamar de sistema ideal, é possível que a primeira impressão causada seja a de que é impossível o legislador atuar de maneira sistemática. É justamente essa impressão que a ideia de níveis de intensidade combate, pois já foi demonstrado que ordenamentos jurídicos podem ser construídos de maneira sistemática.

Então, afigura-se que, considerando que as falhas não sejam graves o suficiente para destruir a essência sistemática do objeto, é possível, a partir delas, identificar os problemas de sistematicidade na atuação do criador.

Foram apresentadas ao longo do presente trabalho doze falhas inerentes à previsão da tutela provisória no Novo Código de Processo Civil.

De maneira sintética, são elas: (I) o silêncio do legislador quanto à explicação acerca das tutelas cautelares específicas de arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto, ainda que expressamente previstas no Novo Código de Processo Civil (art. 301); (II) a finalização e extinção da relação processual por meio

da estabilização da tutela provisória, sem, contudo, poder ser atingida, teoricamente, pelos efeitos da coisa julgada; (III) a obrigatoriedade da interposição recursal para evitar a estabilização da tutela provisória e a extinção do processo (art. 304); (IV) a vinculação das partes às custas da tutela definitiva, mesmo que o processo termine apenas com a análise da tutela provisória requerida em caráter antecedente (art. 303, §4º); (V) o silêncio do legislador acerca das consequências da estabilização da tutela provisória para a relação processual; (VI) o fato de o legislador afastar o diálogo entre o tempo e as partes, ao não considerar o trâmite do judiciário e prever prazos incoerentes para a interposição recursal e o aditamento da inicial no que tange à tutela antecipada requerida em caráter antecedente; (VII) a manutenção da eficácia imediata da decisão interlocutória que decide sobre a tutela provisória, enquanto a sentença não possui essa eficácia imediata, em virtude do efeito suspensivo cabível à apelação; (VIII) a previsão incompleta do elenco de requisitos para a concessão da tutela provisória de urgência (art. 300); (IX) a proteção do direito improvável do réu em detrimento do direito provável do autor, em função da possibilidade de irreversibilidade da medida (art. 300, §3º); (X) a limitação equivocada dos precedentes viáveis à concessão da tutela de evidência (art. 311, II), uma vez que a previsão de casos repetitivos e súmulas vinculantes descartam precedentes do STF e STJ, e a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais em incidentes de resolução de demandas repetitivas; (XI) a extinção da análise, antes feita pelo tribunal de origem, da tutela provisória recursal requerida aos tribunais superiores, quando o legislador previu o fim do juízo de admissibilidade dos recursos na origem (art. 299, parágrafo único); e (XII) a manutenção das diferenças entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, diante da proposta de simplificação mediante a unificação dos institutos sob o véu da tutela provisória de urgência.

Entre as falhas supramencionadas, é possível verificar incorreções, contradições e lacunas, algumas delas consideravelmente graves. E a maioria delas exigirá, no momento de aplicação do dispositivo correspondente, uma interpretação criativa, praticamente uma inovação no ordenamento, dos operadores do direito, uma vez que não são capazes de solucionar as demandas que lhe cabem de maneira autossuficiente.

Ademais, a tentativa de aplicação autônoma de muitos dos dispositivos inerentes à tutela provisória leva à quebra do trâmite processual, que não pode ser recuperada por meio apenas da aplicação do código.

É o que se vê, por exemplo, com a ideia de estabilização da tutela e a necessidade de recorrer do réu e de aditar a inicial do autor, em que os prazos propostos criam uma realidade que não condiz com o propósito do ordenamento.

Por fim, o que pode ser retirado, principalmente, das conclusões do presente trabalho, é que o legislador foi pouquíssimo sistemático na hora de instituir a tutela provisória no Novo Código de Processo Civil, uma vez que o número e a intensidade de falhas oriundas de sua atuação é bastante considerável.

Ademais, é possível perceber que a ausência de sistematicidade, em grande parte da atuação legislativa ora analisada, levou a criação de um instituto que não conseguirá cumprir satisfatoriamente o intuito de amenizar o ônus da morosidade judiciária causando prejuízo para a tutela de direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AC 00281237120144039999, JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/04/2015

..FONTE_REPUBLICACAO: Disponível em:

<http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve>

Acesso em: 14/10/2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. AASP-Curso: Liminares no novo Código de Processo Civil. MELO, Rogério Licastro Torres de (Coo). São Paulo, 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARVALHO, Fabiano. AASP-Curso: Liminares no novo Código de Processo Civil. Coordenação- Rogério Licastro Torres de (Coo). São Paulo, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DE MIRANDA, Pontes. Tratado das Ações. Tomo I. Ação, classificação e eficácia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

DE MIRANDA, Pontes, Tratado das Ações. Tomo VI. Ações Mandamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. vol. 2. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015.

ENGISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Tradução de J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1973.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio; Introdução ao Estudo do Direito. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante; Tutela Antecipada Recursal. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

FUX, Luiz (Coord.); NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Org.). Novo Código de Processo Civil: Comparado – Lei nº 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015.

Garcez, Sergio Matheus. Lacunas da lei. Diferenças entre interpretação e integração. A interpretação integrativa. vol. 1, número 1. São Paulo: Revista jus et veritas, 2011.

Disponível em: http://jusetverit.dominiotemporario.com/doc/Artigo_Sergio-1.pdf
Acesso em: 15/10/2015.

LACERDA, Galeno; OLIVEIRA, Carlos Alberto, Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo II. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LACERDA. Galeno, O novo direito processual civil e os feitos pendentes. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1974.

MACHADO, Marcelo Pacheco, Novo CPC, tutela antecipada e os três pecados capitais. 2015. Disponível em: <http://jota.info/novo-cpc-tutela-antecipada-e-os-tres-pecados-capitais> . Acesso em: 07/11/2015

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, Antecipação da tutela. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102-103.

MENDES, Ítalo Fioravanti Sabo, O duplo grau de jurisdição no processo civil: Um exame à luz da constituição e da instrumentalidade do processo. 2008.482 f. Tese (Doutorado)- Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1156.

NOVO CPC é sancionado pela presidente Dilma Rousseff. Brasília: Senado Notícias, 2015. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/03/16/novo-cpc-e-sancionado-pela-presidente-dilma-rousseff> Acesso em: 01/11/2015.

NUNES, Jorge Amaury Maia; DA NÓBREGA, Guilherme Pupe. A chamada tutela provisória no CPC de 2015 e a perplexidade doutrinária que provoca. 2015.

Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI221866,41046-A+chamada+tutela+provisoria+no+CPC+de+2015+e+a+perplexidade> Acesso em: 24/09/2015.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza (COORD.), et al. Constituição e Processo Civil. São Paulo: Saraiva. 2008

THEODORO JUNIOR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado. Edição de Transição CPC 1973 x CPC 2015. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo Cautelar. rev. atual. 20. ed. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito. 2002.

VILLAR, Willard de Castro, Ação Cautelar Inominada. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.